Über die Duplizität der Ehelichkeit eines Kindes nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Hartmut Rüdinger
bacc. iur. aus Leipzig.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig
Großbetrieb für Dissertationsdruck
1915.

Dem Andenken meines Vaters.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

§ 1. Die Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Wege der Analogie 1

Erster Teil.

Die Kollision im Falle der Schließung einer neuen trotz Bestehens einer gültigen Ehe.

§ 2. Allgemeines über die rechtliche Bedeutung der ehelichen und unehelichen Abstammung und ihr Verhältnis zueinander 5
§ 3. Die Ehelichkeit auf Grund des § 1591 und des § 1699 8
§ 4. Der § 1600 und seine analoge Anwendung 19

Zweiter Teil.

Die Kollision bei Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung.

§ 5. Allgemeines 24
§ 6. Wirkung der Todeserklärung auf die Ehe 27
§ 7. Rechtslage im Falle der Wiederverheiratung des zurückgebliebenen Ehegatten bei Weiterleben des für tot erklärten Ehegatten 30
§ 8. Wirkung der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der neuen Ehe auf die frühere 32

Dritter Teil.

Weitere umstrittene Fragen nach der Zugehörigkeit eines Kindes zu einer Ehe.

§ 9. Aufhebung des Scheidungsurteils der ersten Ehe nach Eingehung einer neuen Ehe seitens des geschiedenen Ehegatten 43
§ 10. Die Ehelichkeit eines während der Verschollenheit eines Ehegatten der ersten Ehe geborenen und durch die nach erfolgter Todeserklärung geschlossene zweite Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten legitimierten Kindes 45

Schlußwort 50

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545810_0102

Literaturverzeichnis.

(In Klammern ist die Zitierweise angegeben.)

Barre, Bürgerliches Gesetzbuch und code civil. Berlin 1897. (Barre.)

Benndorf, Zur Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung. Diss. (Borna-Leipzig) 1908. (Benndorf.)

Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Bd. 1. Abh. 1: Das Naturrecht der Gegenwart. Leipzig 1892. (Bergbohm.)

Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen. In der Festschrift für Ernst Immanuel Bekker: Aus Römischem und Deutschem Recht. Berlin 1907. (Bernhöft.)

Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Bd. 1. Leipzig 1872. (Binding.)

Boschan, Rechtliche Stellung des von einer Frau nach der Todeserklärung ihres Mannes geborenen Kindes. In Deutsche Juristenzeitung 1903 Nr. 3. (Boschan in DJZ.)

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 1. Erlangen 1873. (Brinz.)

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 5. vollständig umgearbeitete Aufl. Jena 1909. (Cosack Bd. 1.)

Dernburg, Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung eines Gatten. In der Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag 1902. Berlin 1902. (Dernburg-Festschrift.)

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. 7. Aufl. Berlin 1902. (Dernburg, Pand. Bd. 1.)

Engelmann, Eheliche Abstammung. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 63. Jahrg. Nr. 3. 1898. (Engelmann in SeuffBl.)

Enneccerus, Kipp und **Wolff,** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 6. bis 8. Aufl. Marburg 1911. (Enneccerus, Kipp u. Wolff.)

Erler, Das Wiederaufleben aufgelöster Ehen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Deutsche Juristenzeitung 1896 Nr. 12. (Erler in DJZ. 1896.)

Francke, Gibt es eine doppelte Ehelichkeit? Im Recht Bd. 16, 1912 Nr. 21. (Francke im Recht.)

Frantzen, Die Wirkung der Todeserklärung auf dem Gebiete des Familienrechts nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Diss. (Leipzig-Borna) 1909. (Frantzen.)

Friedberg, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. 6. vermehrte und verbesserte Aufl. Leipzig 1909. (Friedberg.)

Fuchs, Rechtliche Stellung der von einer Frau nach der Todeserklärung ihres Mannes geborenen Kinder. In Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Berlin 1903. (Fuchs in Gruchots Beitr.)

Hanseatische Gerichtszeitung. Beiblatt. Zivilrechtliche Fälle. 25. Jahrg. Hamburg 1904. (HansGZ.)

Hellwig, Gültigkeit der zweiten Ehe trotz Aufhebung des Scheidungsurteils. In Deutsche Juristenzeitung 1904 Nr. 18. (Hellwig in DJZ. 1904 Nr. 18.)

v. Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung. Bd. 1 u. 2. Leipzig-Berlin 1902. (Holtzendorff Bd. 1. 2.)

v. Holtzendorff, Handbuch des Deutschen Strafrechts. Bd. 2 u. Ergänzungsbd. 4. Berlin 1871—1874. (Holtzendorff, Strafrecht.)

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Berlin 1906. (Kohler.)

Krüger, Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung. Diss. Leipzig 1909. (Krüger.)

Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 4. Breslau 1905. (Meisner.)

Merkel, Adolf, Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts. 1. u. 2. Hälfte. Straßburg 1899. (A. Merkel.)

Meyer, Beiträge zur Lehre von der Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung. Diss. (Borna-Leipzig) 1907. (Meyer, Diss.)

Meyer, Herbert, Vom Rechtsschein des Todes. Sonderabdruck aus der Festgabe der Breslauer Juristenfakultät für S. Brie. Leipzig 1912. (Herbert Meyer.)

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 4: Familienrecht. Berlin 1899. (Mugdan, Mat. Bd. 4.)

Neubecker, Rechtliche Stellung der Kinder der Frau eines Verschollenen. In Deutsche Juristenzeitung 1903 Nr. 4. (Neubecker in DJZ.)

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 9. Aufl. Berlin 1905. (Neumann.)

Oetker, Gültigkeit der zweiten Ehe trotz Aufhebung des Scheidungsurteils? In Deutsche Juristenzeitung 1904 Nr. 21. (Oetker in DJZ.)

Olshausen, Das Kammergericht zur Frage der rechtlichen Stellung der Kinder der Frau eines Verschollenen. In Deutsche Juristenzeitung 1903 Nr. 6. (Olshausen in DJZ.)

Opet, Zur Anfechtung der Ehelichkeit nach Privatfürstenrecht. In Deutsche Juristenzeitung 1903 Nr. 8. (Opet in DJZ.)

Opet-Blume, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Teil: Das Familienrecht. Berlin 1906. (Opet-Blume.)

v. d. Pfordten, Das neue Deutsche Civilrecht in Einzeldarstellungen. Allgemeiner Teil. Fürth 1898. (v. d. Pfordten.)

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 4. 3. Aufl. Berlin 1906. (Planck.)

Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. Leipzig 1893. (Regelsberger.)

Riezler, Doppelte Ehelichkeit? Im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 38 Heft 1. Berlin 1912. (Riezler.)

Riezler, Doppelte Ehelichkeit? Im Recht Bd. 16, 1912 Nr. 23. (Riezler im Recht.)

Ritter, Rechtliche Stellung des von einer Frau nach der Todeserklärung ihres Mannes geborenen Kindes. In Deutsche Juristenzeitung 1904 Nr. 24. (Ritter in DJZ.)

Schwaedt, Die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. (Wittenberg) 1905. (Schwaedt.)

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 70. Erlangen 1905. (SeuffBl.)

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz. Bd. 4. München 1908. (Staudinger.)

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. Frankfurt a. M. 1906. (Windscheid-Kipp.)

Zitelmann, Lücken im Recht. Leipzig 1903. (Zitelmann.)

Einleitung.

§ 1.

Die Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuches im Wege der Analogie.

Art. 55 EG. z. BGB. sagt: „Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten außer Kraft, soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder in diesem Gesetz ein Anderes bestimmt ist".

Stellt hiernach das Bürgerliche Gesetzbuch eine Kodifikation des deutschen Privatrechts dar, so konnte und wollte diese keineswegs erschöpfend sein. Abgesehen davon, daß einerseits eine Anzahl allgemein- und spezialrechtlicher Gebiete schon reichsrechtlich geregelt waren wie das Handels- und Wechselrecht, andererseits zahlreiche Gebiete, wie sie in den Art. 59—152 EG. z. BGB. aufgezählt sind, der landesgesetzlichen Regelung überlassen sind,[1]) so vermögen auch noch so mannigfaltige Gesetze und eine noch so detaillierte Kasuistik nicht erschöpfend eine normierte Antwort zu geben auf alle Fragen des einem ewigen Wandel unterliegenden Lebens. In wechselnden Formen treten immer neue Verhältnisse auf, die eine rechtliche Entscheidung erheischen; und der Richter muß in concreto eine solche treffen; er darf sich einem Urteil nicht mit der Begründung entziehen, daß das Gesetz hierfür keine Bestimmung enthalte.[2])

Der Umstand nun, daß einerseits ein Gesetz unmöglich in dem Sinne vollständig sein kann, daß es für jedes auftretende Rechtsver-

---

[1]) Einige Gebiete wie Art. 76 u. 75 EG. z. BGG. haben inzwischen ihre reichsrechtliche Regelung gefunden.

[2]) Im code civil Art. 4 ist dies ausdrücklich abgelehnt: „Le juge, qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice, obwohl man sich darüber klar war, daß „les loisne peuvent prévoir tous les cas, qui peuvent s'offrir aux juges".

hältnis eine ausdrückliche Norm zur Hand hat, andererseits aber für dieses, um Entscheidung angegangen, eine solche treffen muß, hat zur Verschiedenheit der Antworten geführt auf die Frage, ob es im Rechte Lücken gibt; denn hier liegt, soweit es an einer Regelung für den konkreten Fall fehlt, zweifellos eine Lücke vor, dort aber kann, da ja jeder Fall entschieden wird, von einer solchen nicht gesprochen werden.[3][4] Und das ist jedenfalls das Wesentliche, daß der Richter aus einer begrifflich lückenlosen[5] Rechtsordnung in concreto eine Entscheidung schöpfen muß, daß es also für ihn keine Lücken gibt.

So muß die Rechtsordnung dem Richter die Freiheit geben, das Recht zu ergänzen, soweit ihm Fragen vorliegen, die nicht aus ausdrücklichen Normen, also nicht primär aus dem Inhalte der Gesetze — oder des Gewohnheitsrechtes — heraus beantwortet werden können.

Dies geschieht zum großen Teil im Wege der Analogie. Im Gesetze selbst finden wir hierüber, wie überhaupt über die gesamte Wissenschaft der Auslegung, keine Aufklärung. Wohl bestimmte der § 1 des Entw. eines Bürgerlichen Gesetzbuchs in 1. Lesung noch ausdrücklich: „Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung. In Ermanglung solcher Vorschriften sind die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze maßgebend", dieser Paragraph ist aber später als entbehrlich gestrichen worden, zumal da er die Schwierigkeit, deren Lösung durch buchstabenmäßige Formulierung eben unmöglich ist, auch nicht beheben konnte, die in der Beurteilung liegt, welche rechtsähnlichen Verhältnisse vorliegen, welche Grundsätze sich für

---

[3]) So läßt auch Regelsberger (§ 38) die Antwort in positiver und negativer Form zu. — Zitelmann (S. 24 ff.) teilt die Lücken in „echte" und „unechte" ein.

[4]) Im weitesten Sinne könnte man von einer „Lücke im Recht" im Sinne der Besserungsbedürftigkeit schon dann sprechen, wenn eine Entscheidung zwar formell einwandfrei, dem allgemeinen Rechtsempfinden jedoch zuwider wäre.

[5]) So Gierke in Holtzendorff Bd. 1 S. 445; Brinz S. 129; Bruns-Eck-Mitteis in Holtzendorff Bd. 1 S. 304; Neumann Bd. 1 § 1 zu 5; Bergbohm S. 372; vgl. hierzu auch die Besprechung dieses Werkes von A. Merkel 2. Hälfte S. 727 ff.

den konkreten Fall aus der Rechtsordnung ergeben. Die Beantwortung dieser Frage muß in concreto dem Richter überlassen werden; die Wissenschaft aber muß mit- und vorarbeiten.[6])

Mit dem Mittel der Analogie ist die Möglichkeit gegeben, das Recht aus sich selbst heraus zu ergänzen und zu vervollständigen durch Anwendung einer für gewisse Verhältnisse bestimmten Rechtsnorm auf verwandte Verhältnisse — similia — wegen Gleichheit des Grundes.[7]) Denn jeder Rechtssatz, den ein Gesetz ausspricht, ist ein Prinzip, das nicht nur in seiner unmittelbaren Wortfassung gilt, sondern als solches mit allen darin enthaltenen Konsequenzen anerkannt werden muß; wo ausdrückliche Bestimmungen im Gesetz fehlen, müssen und können sie durch Schlußfolgerungen aus den vorhandenen ergänzt werden.[8]) Das erkannte Grundprinzip des Gesetzes, die ratio, muß angewandt werden auf die unter dasselbe Prinzip fallenden Fälle, die im Gesetz keine ausdrückliche Regelung gefunden haben, weil der Gesetzgeber an sie nicht dachte oder vielleicht gar nicht denken konnte. Somit reicht die Analogie über die vom Gesetzgeber ausgesprochenen Gedanken hinaus; denn wenn die Auslegung von der Feststellung des unmittelbaren Inhalts der einzelnen Gesetze zu den Konsequenzen fortschreitet, die sich logisch daraus ergeben, ohne speziell ausgesprochen zu sein oder auch nur zum bewußten Gedanken des Gesetzgebers gelangt zu sein,[9]) also auch zu den Konsequenzen für gleichartige Verhältnisse, für die keine besonderen gesetzlichen Bestimmungen existieren, und auf diese eine Anwendung secun-

---

[6]) A. Merkel 1. Hälfte S. 306: „Die Kunst der Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung ... zeigt sich einem entwickelten Rechtsleben gegenüber mehr und mehr an theoretische Voraussetzungen, d. h. an den Besitz allgemeiner Einsichten gebunden. Die Praxis bedarf fortan einer sie orientierenden und den Besitz jener Einsichten vermittelnden Doktrin ...".

[7]) Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 82 ff.

[8]) Bruns-Eck-Mitteis in Holtzendorff Bd. 1 S. 304 ff.

[9]) Anders Binding S. 69 f.: Das analoge Recht sei das stillschweigende, durch eine konkludente Handlung, welche eben das Gesetz sei, ausgesprochene Recht... Der Gesetzgeber hat es als solches nicht gedacht, sondern nur nicht ausdrücklich ausgesprochen ... Diese analogen Rechtssätze gehören dem „ungesetzten Rechte" an. Vgl. dagegen die Ausführungen A. Merkels in Holtzendorffs Strafrecht Bd. 4 S. 83 ff.

dum rationem legis ermöglicht,[10]) so tut sie dies nur, weil der Gesetzgeber seine Vorschriften auf einen zu engen Kreis beschränkte, der notwendigerweise eine Erweiterung erfahren muß. Dabei schafft die Analogie kein neues Recht[11]) — wenigstens solange ihre Anwendung bezüglich eines Rechtssatzes nicht zum Gewohnheitsrecht wird —; denn indem sie in konsequenter Weiterführung Normen aus dem positiven Recht abstrahiert und diese mit Zustimmung des Gesetzes auf rechtsähnliche Verhältnisse wegen Gleichheit des Grundes anwendet, fußt sie auf dem positiven Recht als einem erweiterungsfähigen System, das ihre Anwendung als eines selbstverständlichen wissenschaftlichen Mittels[12]) der Auslegung und Weiterbildung bedarf.[13])

Haben wir also als Analogie im allgemeinen erkannt die Anwendung eines durch eine Norm ausgesprochenen Prinzips auf ein vom Gesetzgeber übergangenes gleichartiges Rechtsverhältnis propter paritatem rationis, so handelt es sich im folgenden speziell um die Frage, ob die Bestimmung des § 1600 BGB. zwecks Vermeidung der doppelten Ehelichkeit eines Kindes unter den genannten Gesichtspunkten analog ausgedehnt werden kann auf Fälle, für die der Gesetzgeber keine Regelung getroffen hat, obwohl sie unter gewissen Voraussetzungen zu einer ähnlichen Kollision führen können.

---

[10]) Bruns-Eck-Mitteis in Holtzendorff Bd. 1 S. 304 ff.

[11]) Anders Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 83: „Die Gesetzesanalogie fußt nicht auf dem Willen des Gesetzes; sie macht neues Recht wegen Gleichheit des Grundes".

[12]) Neumann § 1 S. 2.

[13]) Über den Unterschied zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie vgl. z. B. Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 82 ff.; Enneccerus-Kipp-Wolf, Lehrb. S. 119 ff.; Windscheid-Kipp S. 104; Cosack Bd. 1 § 12.

Erster Teil.

Die Kollision im Falle der Schließung einer neuen trotz Bestehens einer gültigen Ehe.

§ 2.

Allgemeines über die rechtliche Bedeutung der ehelichen und unehelichen Abstammung und ihr Verhältnis zueinander.

Sowohl in öffentlichrechtlicher als auch in privatrechtlicher Hinsicht ist die Feststellung, daß ein Kind einer gewissen Ehe entstammt, von großer Bedeutung; denn die Rechtsstellung der ehelichen Kinder unterscheidet sich wesentlich von der der unehelichen.

Für das öffentliche Recht sei erwähnt die Bedeutung im Gesetz über Erwerbung und Verlust der Bundes- (Reichs-) und Staatsangehörigkeit v. 1. 7. 1870 (Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz v. 22. 7. 1913) § 3 [1]) und im Unterstützungswohnsitzgesetz (Reichsgesetz) v. 12. 3. 1894 (Nov. v. 30. 5. 1908) §§ 18 ff.[2]) [3])

Die Bedeutung für das Privatrecht äußert sich e. c. in der Voraussetzung der ehelichen Abstammung für die Verwandtschaft

---

[1]) § 3: Durch die Geburt, auch wenn diese im Auslande erfolgt, erwerben eheliche Kinder eines Deutschen die Staatsangehörigkeit des Vaters, uneheliche Kinder einer Deutschen die Staatsangehörigkeit der Mutter.

[2]) UWG. § 18: „Eheliche und den ehelichen gesetzlich gleichstehende Kinder teilen den Unterstützungswohnsitz des Vaters solange, bis sie denselben nach Vorschrift der §§ 22 Abs. 2, 23—27 verloren oder einen anderweitigen nach Vorschrift der §§ 9—14 erworben haben".

[3]) Namentlich wegen der Berührung des öffentlichen Interesses ist die Regelung der Rechtsstreitigkeiten über die Feststellung eines Eltern- oder Kindesverhältnisses durch die ZPO. der Parteiwillkür z. T. entzogen und regelt sich wesentlich nach den Vorschriften über das Verfahren in Ehesachen (ZPO. § 640 ff.). Ferner bürgen Führung öffentlicher Register (Geburts-, Sterbe-, Heiratsregister, vgl. hierzu Frese im ZBlFG. 1908 Nr. 14/15 S. 459 ff.) und strafgesetzliche Bestimmungen über vorsätzliche Veränderung oder Unterdrückung des Personenstandes (StGB. § 169) für erhöhte Sicherheit.

nach väterlicher Seite (§ 1589), während das Gesetz (§ 1705) dem unehelichen Kinde nur im Verhältnis zur Mutter und deren Verwandten die rechtliche Stellung eines ehelichen einräumt, ein familienrechtliches Verhältnis zwischen ihm und dem Vater aber nicht entstehen läßt, abgesehen davon, daß es in § 1708 den Unterhaltsanspruch des Kindes, der ja ein familienrechtlicher ist, begründet und mit dem Ausdruck „Vater des unehelichen Kindes" doch die leibliche Verwandtschaft beider anerkennt.[4]) Eine gültige Ehe begründet ferner zwischen den Verwandten eines Ehegatten und dem anderen Ehegatten das Verhältnis der Schwägerschaft. Verwandtschaft und Schwägerschaft berühren in ihren Folgen das durch sie begründete Eheverbot des § 1310 Abs. 1 (1327), wobei das Verbot auch auf das uneheliche Kind und dessen Abkömmlinge einerseits und seinen Vater andererseits ausgedehnt wird (§ 1310 Abs. 3). Die Feststellung der Abstammung ist notwendig bei Regelung der Fragen nach der gesetzlichen Unterhaltspflicht (§§ 1601 bis 1615, 1708 ff.), der gesetzlichen Erbfolge (§ 1922 ff.), dem Pflichtteilsrecht (§§ 2303 ff.), der elterlichen Gewalt des Vaters (§ 1627 bis § 1683) oder der Mutter (§§ 1684—1698). Vor gewissen Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts sind Verwandte des Kindes zu hören; bei Bestellung eines Vormundes sollen die Verwandten des Kindes berücksichtigt werden u. a. m. Nach Art. 33 EG. z. BGB. finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Verwandtschaft und Schwägerschaft auch Anwendung, „soweit in dem Gerichtsverfassungsgesetze, der Zivilprozeßordnung, der Strafprozeßordnung, der Konkursordnung und in dem Gesetze betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, v. 21. 7. 1879 an die Verwandtschaft oder die Schwägerschaft rechtliche Folgen geknüpft sind".[5]) Über die Bestimmung des Wohnsitzes sagt § 11 BGB.: „Ein eheliches Kind teilt den Wohnsitz des Vaters, ein uneheliches Kind den Wohnsitz der Mutter".

Bei Betrachtung des Verhältnisses des Vaters oder der Mutter zum ehelichen oder unehelichen Kinde ergibt sich nun ein wesent-

[4]) vgl. Staudinger Bd. 4 S. 757 d.

[5]) Das StGB. enthält für den Begriff „Angehörige" in § 52 Abs. 2 eigene Bestimmungen.

licher Unterschied insofern, als das Gesetz dem Vater eines ehelichen Kindes diesem gegenüber neben auferlegten Pflichten eine ganze Reihe von Rechten einräumt, während der Vater eines unehelichen Kindes diesem gegenüber wohl Pflichten hat, die Rechte aber der Mutter in die Hand gegeben sind.[6]) So gewährt e. c. das Gesetz dem Vater des ehelichen Kindes das Recht auf Leistungen von Diensten im Hauswesen und Geschäft seitens des Kindes aus § 1617; § 1925 Abs. 1 u. 2 spricht ihm die Erbberechtigung zu; aus §§ 2303 Abs. 2 ff. ist er pflichtteilsberechtigt; § 1616 verleiht ihm das Namenrecht; er ist Inhaber der elterlichen Gewalt und aller daraus sich ergebenden Rechte (§§ 1627 ff.). Für den Vater des unehelichen Kindes begründet das Gesetz keine Rechte, sondern nur die Unterhaltspflicht der §§ 1708 ff.[7])

So ist also ohne Kollision väterlicher Rechte, da diese nicht vorhanden, eine doppelte Vaterschaft bezüglich desselben unehelichen Kindes rein juristisch wohl möglich und in sozialer Hinsicht in ihren Folgen auch zu billigen; bedeutet ihre Anerkennung praktisch doch Anerkennung doppelten Unterhaltsanspruchs seitens des Kindes, ein Umstand, der ja der Absicht des Gesetzgebers entspricht, die Stellung des unehelichen Kindes materiell günstig zu gestalten und damit der Wandlung der Anschauungen zugunsten des unehelichen Kindes zu seinem Teile Rechnung zu tragen. So kann es e. c. zu doppelter Vaterschaft diesen Sinnes führen, wenn mehrere Männer, die der Mutter beigewohnt haben, ihre Vaterschaft nach der Geburt in öffentlichen Urkunden anerkannt haben, was nach § 1718 die exceptio plurium concumbentium ausschließt, oder wenn mehrere Männer von der Möglichkeit der exceptio keinen Gebrauch machen und mehrere Feststellungsurteile ihre Vaterschaft festsetzen. Unterliegt doch kraft besonderer Bestimmungen der ZPO. § 644 die Klage

---

[6]) vgl. zum Folgenden Riezler S. 66, 68.

[7]) Die in § 1719 dem Vater gewährte legitimatio per subsequens matrimonium sowie die Möglichkeit der Ehelichkeitserklärung aus §§ 1723 ff. sind ja nicht eigentlich „Rechte" des Vaters im engeren Sinne, sondern letzten Endes im Interesse der Mutter und des Kindes gewährte Möglichkeiten zur rechtlichen Beseitigung der Unehelichkeit, vor der das Gesetz auch an anderer Stelle (so z. B. in § 1699) zu schützen sucht.

des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft nicht den Vorschriften der §§ 640—643 ZPO., sondern den allgemeinen prozessualen Vorschriften, die das Vorbringen der exceptio für unsern Fall den Männern überlassen. Die Wirkungen der Feststellung der unehelichen Vaterschaft erstrecken sich ferner nur auf die Parteien, nicht auch auf Dritte; das Recht des Kindes, trotz Feststellung eines Vaters auf einen andern zurückzugreifen, bleibt also bestehen.

Anders bei Vorhandensein mehrerer juristischer Väter eines ehelichen Kindes. Müßten doch hier jedem der Väter neben den Pflichten auch die Rechte zustehen, Rechte, deren gleichzeitige praktische Ausübung, soweit überhaupt möglich, eine starke Unbilligkeit für das Kind bedeuteten — keineswegs nach der Absicht des Gesetzes und jeden Falles zu vermeiden.

§ 3.

Die Ehelichkeit auf Grund des § 1591 und des § 1699.

In § 1591 Abs. 1 u. 2 bestimmt das Gesetz: „Ein Kind, das nach der Eingehung der Ehe geboren wird, ist ehelich, wenn die Frau es vor oder während der Ehe empfangen und der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt hat. Das Kind ist nicht ehelich, wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat.

Es wird vermutet, daß der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt habe . . ."

Die Voraussetzungen der ehelichen Abstammung eines Kindes sind demnach,

a) daß das Kind nach Eingehung der Ehe geboren ist, und

b) daß die Frau das Kind vor oder nach der Eheschließung empfangen und der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt hat.

Solange nicht nachgewiesen ist, daß es „den Umständen nach offenbar unmöglich" ist, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat, ist das Kind ehelich, wobei das „offenbar unmöglich" darauf hindeutet, daß der Gesetzgeber im Interesse des

Kindes nur bei ganz schlüssigem Beweis die Feststellung der Unehelichkeit ausgesprochen wissen will.[1])

Zur Erleichterung der Ehelichkeitsfeststellung wird die Beiwohnung des Mannes innerhalb der Empfängniszeit der Frau während der Ehe vermutet; für die vor der Ehe liegende Empfängniszeit jedoch nur, wenn der Mann gestorben ist, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben (§ 1591 Abs. 2 Satz 2). Während der Ehe gilt die Vermutung unbeschränkt, auch für den Fall, daß die Ehegatten während der Empfängniszeit faktisch getrennt gelebt haben, auch also im Falle der die Auflösung der Ehe nicht bewirkenden Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.[2])

Der Feststellung der Ehelichkeit dient weiter die Begrenzung der Empfängniszeit vom 181. bis zum 302. Tage vor dem Tage der Geburt des Kindes, mit Einschluß sowohl des 181. als auch des 302. Tages (§ 1592 Abs. 1). § 1592 Abs. 2 läßt zugunsten der Ehelichkeit des Kindes noch eine Erweiterung der 302 Tage zu; mit Recht; denn diese vom Gesetz bestimmten Zeiten sind heute auf Grund medizinischer Erfahrungen nicht mehr als einwandfrei zu bezeichnen.

In Verbindung mit § 1591 muß § 1593 betrachtet werden, der bestimmt:

„Die Unehelichkeit eines Kindes, das während der Ehe oder innerhalb 302 Tagen nach Auflösung der Ehe geboren ist, kann nur geltend gemacht werden, wenn der Mann die Ehelichkeit angefochten hat oder, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, gestorben ist".

Die Anfechtung der Ehelichkeit kann sich entweder gründen auf die Möglichkeit der Entkräftung der dem Kinde zur Seite stehenden gesetzlichen Vermutungen der Ehelichkeit oder aber auf

---

[1]) Neben diesem hauptsächlichsten Entstehungsgrund des Verhältnisses der ehelichen Abstammung zwischen Eltern und Kindern gewährt das BGB., im Anschluß an das frühere Recht, die Möglichkeit, eine uneheliche Verwandtschaft durch legitimatio per subsequens matrimonium oder durch Ehelichkeitserklärung mit den Wirkungen einer ehelichen auszustatten (§§ 1719, 1723 ff.). Ebenso schafft die Annahme an Kindesstatt, ebenfalls im Anschluß an das bisherige Recht, das eheliche Verhältnis zwischen Eltern und Kindern auf rein rechtlichem Wege (§ 1757; vgl. dagegen §§ 1759 ff.).

[2]) vgl. Engelmann in SeuffBl. S. 41 ff.

die Möglichkeit des Nachweises anderer Gründe der Unehelichkeit, so e. c. auf die Ungültigkeit der Ehe, auf den Umstand, daß das Kind untergeschoben oder später als 302 Tage nach Auflösung der Ehe geboren ist. In letzteren Fällen ist jeder Dritte, der ein Interesse an der Feststellung hat, zur Anfechtungsklage berechtigt, in ersterem Falle grundsätzlich nur der Ehemann selbst; nur er kann also die Ehelichkeit eines während der Ehe oder innerhalb 302 Tagen nach Auflösung derselben geborenen Kindes anfechten. Unterläßt er die Anfechtung innerhalb der einjährigen Frist (§ 1594) oder nimmt er die bereits erhobene Anfechtungsklage zurück (§ 1596 Abs. 2), oder erkennt er das Kind nach der Geburt als das seine an (§ 1598 Abs. 1), so kann eine Unehelichkeit des Kindes von niemandem geltend gemacht werden; die festgestellte Ehelichkeit wirkt für und gegen alle, ebenso wie die auf die Anfechtungsklage des Ehemanns rechtskräftig erfolgte Feststellung der Unehelichkeit des Kindes gemäß § 643 mit § 641 ZPO.

Den Standpunkt, dem Ehemann das alleinige Anfechtungsrecht einzuräumen, hat das Gesetz entgegen der gemeinrechtlichen Doktrin und trotz der Anträge in der 2. Kommission, auch der Frau, dem Kind sowie interessierten Dritten das Recht zuzusprechen, aufrechterhalten in der Erwägung, daß die Entscheidung dem Ehemann als dem Haupte der Familie und dem zunächst Beteiligten als justus contradictor zu überlassen sei darüber, ob das Kind als eheliches gelten solle oder nicht. Auch stehe ihm die rechtliche Gewalt über die in der Ehe geborenen Kinder zu, und diese erstrecke sich auch auf den Personenstand.[3][4])

Neben dieser in §§ 1591 ff. behandelten Ehelichkeit interessiert uns hier nun weiter das durch § 1699 geschaffene Verhältnis zwischen Ehegatten und Kindern. Dieser bestimmt nämlich in Abs. 1:

„Ein Kind aus einer nichtigen Ehe, das im Falle der Gültigkeit der Ehe ehelich sein würde, gilt als ehelich, sofern nicht beide Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung gekannt haben".

---

[3]) Mugdan, Mat. Bd. 4, Mot. S. 351/52.

[4]) Über eine Ausnahme von diesem Prinzip nach Privatfürstenrecht vgl. Opet in DJZ. 1903 Nr. 8 S. 189—191.

Diese Bestimmung schützt also das Kind dieser nichtigen Ehe vor Unehelichkeit im Falle des guten Glaubens wenigstens eines der Ehegatten einer solchen „Putativehe".

Betrachten wir unter dem Gesichtspunkt der §§ 1591 mit 1593 und 1699 folgende Fälle:

Eine Frau,[5]) die ihren ersten Mann für tot hält, verheiratet sich zum zweiten Male. In der zweiten Ehe, die natürlich nichtig, aber eine Putativehe ist, werden mehrere Kinder geboren, deren „Ehelichkeit" der erste Mann nicht anficht. Er hat die Anfechtungsfrist versäumt und nimmt, nachdem er wieder zurückgekehrt ist, väterliche Rechte in Anspruch. —

Riezler[6]) fügt diesem noch die weiteren möglichen Fälle hinzu:

Eine Frau (B) glaubt irrigerweise, ihre Ehe mit dem A sei nichtig, während sie in Wahrheit, da nur unwesentliche Formvorschriften verletzt wurden, gültig ist. Die Frau wird von A verlassen und schließt nun in gutem Glauben an die Nichtigkeit ihrer Ehe mit A ohne vorausgehende Scheidung eine neue Ehe mit C, wobei der Standesbeamte das Ehehindernis ganz übersieht oder rechtsirrig als nicht gegeben erachtet. In der Folgezeit gebiert die Frau ein Kind. — Und weiter: Die gleiche Rechtslage entsteht auch, wenn die Frau im Bewußtsein der Gültigkeit ihrer Ehe mit A den C heiratet, dieser aber das Ehehindernis nicht gekannt hat. Sie entsteht endlich auch, wenn zur Zeit der Eheschließung mit C die Ehe mit A zwar anfechtbar, aber tatsächlich nicht angefochten oder (abgesehen vom Falle des matrimonium non existens des § 1324)[7]) zwar nichtig, aber noch nicht durch Urteil für nichtig erklärt worden ist. —

Es entsteht also hier folgende Lage: Ein von der Frau auch in der zweiten, nichtigen, Ehe geborenes Kind ist eheliches der ersten noch bestehenden Ehe (A—B), solange der Ehemann dieser Ehe dessen Ehelichkeit nicht angefochten hat. Ist es, e. c. wegen tatsächlicher langer Abwesenheit des Mannes, den Umständen nach

---

[5]) Bernhöft S. 284 ff.

[6]) Riezler S. 67 ff.

[7]) Die Nicht-Ehe des § 1324 hat keinerlei Rechtswirkungen und soll deshalb hier ganz außer Betracht bleiben.

offenbar unmöglich, daß die Frau das Kind von diesem empfangen hat, so ist es zwar nicht ehelich, muß aber als eheliches angesehen werden, da außer dem Ehemanne selbst niemand die Unehelichkeit geltend machen kann. Das Kind gilt aber auch, da die Voraussetzungen des § 1699 erfüllt sind, als ein eheliches der zweiten Ehe. Es hat also juristisch zwei eheliche Väter.

Ein Unterschied im Wortlaut der beiden §§ 1591 Abs. 1 und 1699 fällt zunächst auf: Das nach § 1591 eheliche Kind *ist* ehelich, das nach § 1699 eheliche *gilt* nur als ehelich.

Zweifellos stellt die Ehelichkeit des § 1699, um diesen vorwegzunehmen, eine reine Fiktion dar, zum Schutze der Gutgläubigkeit des betreffenden Ehegatten und im Interesse des Kindes. Denn da Voraussetzung für die Ehelichkeit eine gültige Ehe ist, so kann aus einer vor dem Gesetz nichtigen Ehe nicht ein eheliches Kind entstammen, sondern dessen „Ehelichkeit" muß fingiert werden. Aber das Kind steht bezüglich seiner Ehelichkeit dem aus § 1591 ehelichen völlig gleich. „Es hat nicht nur die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes, sondern steht schlechthin unter den für eheliche Kinder geltenden Bestimmungen." [8])

Anders der § 1591 Abs. 1. Dieser enthält eine materielle Rechtsnorm.[9]) Er will mit andern Worten sagen: Ein Kind, das nach Eingehung der Ehe von der Frau geboren ist, ist deshalb ehelich, weil es als vom Manne innerhalb der Empfängniszeit erzeugt gilt. Es gilt also, auf Grund der Beiwohnungsvermutung des Abs. 2,[9]) nur dafür eine Vermutung, daß es von dem Manne erzeugt ist.

Obwohl nun das Gesetz kraft dieser Beiwohnungsvermutung auch das tatsächlich nicht vom Ehemann stammende Kind bei nicht widerlegter Vermutung „ehelich" nennt, läßt es doch bei „offenbarer Unmöglichkeit" der Abstammung vom Ehemann das Kind zwar „nicht ehelich" sein (§ 1591 Abs. 1 Satz 2), muß es aber als eheliches behandeln, wenn der Mann dessen „Ehelichkeit" nicht anficht. Wird also ein Kind geboren, das nicht dem vom Gesetz vermuteten ehelichen Verkehr der Eheleute entstammen

---

[8]) Opet-Blume Anm. 4 zu § 1699 S. 606.
[9]) Riezler S. 71.

kann, so ist es unehelich; nur kann diese Unehelichkeit vor Anfechtung des Mannes von niemandem geltend gemacht werden. Die allgemein als solche wirksame Ehelichkeit eines solchen Kindes ist in der Tat eine nur scheinbare; in diesem Falle kommt also die „Ehelichkeit" eines solchen Kindes einer Fiktion nahe.[10])

Die Tatsache, daß nach den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1591 und 1593 einerseits und des § 1699 andererseits die Möglichkeit einer doppelten Ehelichkeit nicht ausgeschlossen ist, hat in der Erkenntnis, daß dieser Zustand vermieden werden muß, zu verschiedentlichen Lösungsversuchen dieser Kollision Anlaß gegeben.

So sagt Riezler[11]): „§ 1699 hat offenbar nur den Zweck, dem Kinde Schutz gegen die Folgen der Unehelichkeit zu gewähren. Er kann nur gelten für solche Kinder, die ohne diesen Schutz des Gesetzes unehelich wären, nicht auch für solche, die ohnehin schon rechtlich eheliche Kinder einer anderen, in Wahrheit, nicht nur auf Grund einer Fiktion gültigen Ehe sind ... Der Meinung von Blumes (Bem. 4 zu § 1699), „es wird nicht nur vermutet, daß das Kind ehelich sei, sondern es ist ehelich" ist hinzuzusetzen, daß diese Fiktion (des § 1699) für die Stellung des Kindes gegenüber der Putativehe doch nur zutreffen kann, soweit nicht für seine Stellung gegenüber einer anderen Ehe die Ehelichkeitsvorschrift der §§ 1591 ff. zutrifft ..."

Mit dem Resultat, zu dem Riezler also zugunsten des Mannes der ersten Ehe gelangt, ist er selbst „vom rechtspolitischen Standpunkte aus" nicht zufrieden. Aber auch der Weg, auf dem er dies erreicht, erscheint uns nicht gangbar.

Riezler stellt der Rechtsnorm des § 1591 die Fiktion des § 1699 gegenüber, um damit letztere auszuschalten. Das hieße der

[10]) Als Fiktion kann man sie deshalb nicht bezeichnen, weil sie als solche unanfechtbar wäre; als Vermutung erfährt sie dadurch eine starke Einschränkung, daß sie nur vom Ehemann widerlegt werden kann. Bernhöft (S. 284) nennt sie eine „zerstörliche Fiktion", da sie durch die Anfechtung beseitigt werden kann. „Sie wird durch den Verlust des Anfechtungsrechts zu einer endgültigen. Wenn der Vater stirbt, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben, so verwandelt sie sich in eine Präsumtion; denn nun kann sie jeder Interessierte durch Gegenbeweis widerlegen". Herbert Meyer sagt (S. 43): „Es besteht für diese Kinder nur der Rechtsschein der Ehelichkeit".

[11]) Riezler S. 70/71.

Fiktion, zu deren Realisierung alle Voraussetzungen vorliegen, die Bedeutung absprechen, die ihr zukommt; der Gesetzgeber stattet eine unwiderlegte Vermutung wie eine Fiktion mit ebenso wirksamen Rechtsfolgen aus wie eine materielle Rechtsnorm; die Fiktion geht hier von ganz anderen Voraussetzungen aus wie die Bestimmung des § 1591, sie kann nicht deshalb ausgeschaltet werden, weil bezüglich anderer Rechtsverhältnisse der § 1591 zu denselben Erfolgen führt. Das in Wahrheit eheliche Kind des § 1591 ist juristisch nicht eben ehelicher als das auf Grund der Fiktion des § 1699 eheliche; hingegen kann auch das nach § 1591 eheliche Kind nicht vom Ehemann erzeugt, also de facto unehelich sein. Und ferner ist es in unseren Fällen wegen der räumlichen Trennung der Ehegatten in der Regel offenbar unmöglich, daß das Kind vom ersten Ehemann erzeugt ist; und wie wir oben gesehen, ist in diesem Falle das Kind nicht ehelich, seine „scheinbare Ehelichkeit" also selbst nur eine fiktionsähnliche. Wir hätten es also dann mit zwei sich gegenüberstehenden „Fiktionen" zu tun, von denen die eine zwar eine gültige Ehe in die Wagschale zu werfen hätte, der Geltendmachung der faktischen Unehelichkeit des Kindes ihr gegenüber aber nur der § 1593 entgegensteht, während die andere des § 1699 trotz Nichtigkeit der Ehe eine der wahren Ehelichkeit des § 1591 gleichwertige Ehelichkeit erzeugt und außerdem die Tatsächlichkeit für sich hat. Man müßte sich also unter Ausschaltung des § 1593 mit größerem Recht wohl für die Ehelichkeit des Kindes bezüglich der zweiten Ehe entscheiden.

Das Kind ist ferner nicht „ohnehin schon" eheliches Kind einer anderen Ehe, sondern würde von der Geburt an als eheliches der zweiten nach § 1699 zu gelten haben, wie es nach § 1591 als eheliches der ersten anzusehen wäre.

Nun teilen wir ja die Ansicht Riezlers, daß — neben dem Schutz des gutgläubigen Ehegatten — die §§ 1699 ff. den Zweck haben, das Kind vor den Folgen der Unehelichkeit zu schützen. Aber gerade dieser Zweck, der Schutz vor Unehelichkeit, beweist, daß das Kind, das unter den verlangten Voraussetzungen geboren wird, eben ehelich, nicht unehelich sein soll. Und die Ausschaltung eines Paragraphen nur aus dem Grunde, weil auch ohne seine Anwendung die „Absicht des Gesetzes" verwirklicht werde, seine

Anwendung also zwecklos sei, verwirft Riezler selbst an anderer Stelle.[12])[13]) Daß die „offenbar unmögliche" Empfängnis der Frau seitens des Mannes nur auf dessen Anfechtung hin die Möglichkeit der Geltendmachung der Unehelichkeit des Kindes bewirkt, bezweckt nicht zuletzt auch den Schutz des Kindes vor Unehelichkeit. Mit eben diesem Rechte also könnte man diesen Schutz des § 1593 ausschalten, wodurch dann das Kind bei offenbarer Unmöglichkeit der Abstammung vom Manne ipso iure unehelich wäre und die Beiwohnungsvermutung des § 1591 Abs. 2 nicht in Betracht käme. Und diese Ausschaltung des § 1593 in unseren Fällen ist ja auch verteidigt worden. Zwar nicht mit der Begründung, daß das Schutzbedürfnis nicht vorliege, sondern mit dem Argument: „Die Vermutung, vom Ehemann einer noch gültigen Ehe erzeugt zu sein, kann dann nicht Platz greifen, wenn das Eheleben einer Putativehe besteht, das der gültigen Ehe aber vergangen ist" kommt Francke[14]) zu dem Resultat, daß hier nur der § 1699, nicht § 1591 anzuwenden sei. Mit Recht hält ihm Riezler[15]) den Zusammenhang von § 1591 mit § 1593 entgegen. Wenn Francke[14]) sagt, daß die Bestimmung des § 1591 Abs. 1 Satz 2 nur zur Geltung komme, wenn erweislich der Mann inner-

---

[12]) Riezler (S. 79) vertritt die Ansicht, daß trotz Nichtbefürchtung einer turbatio sanguinis der § 1313 (die Wartefrist der Frau) ebenso Anwendung findet auf die Frau, die ihren geschiedenen Mann wiederheiratet, obwohl hier sein Zweck ganz wegfallen würde (vgl. auch Planck § 1313 Ziff. 1), wie, trotz Befürchtung einer turbatio sanguinis, seine Anwendung nicht ausgedehnt werden könne auf eine geschwängerte Ledige, die heiraten will, obwohl er hier seinen Zweck erfüllen würde.

[13]) In dieser Hinsicht geht die sogen. Freirechtsschule zu weit. „Sie stellt die rechtsschöpferische Aufgabe in den Vordergrund. Sie will das Bestreben, jeden Rechtsfall durch Subsumption (usw.) unter das Gesetz zu entscheiden, dahin erweitern, daß im Zweifel der Zweck des Gesetzes für seine Auslegung maßgebend sei. Dieser Zweck soll durch Beobachtung jener Wirkungen im sozialen Leben erschlossen werden, die sich im Sinne des Gesetzes als wertvoll erweisen. Dies ergibt die soziologische Aufgabe der ‚Zweckforschung' im Rechtssinne." Spann, System der Gesellschaftslehre, Berlin 1914, S. 184/85 (vgl. Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903).

[14]) Francke im Recht S. 670/71.

[15]) Riezler im Recht S. 733/34.

halb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt hat,[16]) so muß darauf hingewiesen werden, daß diese Beiwohnungsvermutung des Abs. 2 Satz 1 gerade deswegen aufgestellt worden ist, um die delikate Beiwohnungsfrage zu erübrigen oder wenigstens ihre Klarlegung in das Belieben des Ehemanns selbst zu stellen. Sie gilt also, solange sie der Mann nicht widerlegt. Tut er dies im Anfechtungsprozesse, so scheidet der § 1591 aus, tut er dies aber nicht, so muß die Vermutung als unwiderlegt weiter gelten.

Auch Planck[17]) entscheidet sich für die Ehelichkeit des Kindes bezüglich der zweiten Ehe: „Aus der Gleichstellung des Kindes aus einer Putativehe mit einem ehelichen folgt auch, daß, wenn die Ehe nichtig ist, weil die Frau das Verbot der Doppelehe verletzte und die erste Ehe noch besteht, das Kind als ein eheliches der zweiten Ehe anzusehen ist". Aber diese Gleichstellung des Kindes aus einer Putativehe mit einem ehelichen spricht weder für den ersten noch für den zweiten ehelichen Vater.

Ähnlich heißt es in einem vom Bayr. Obersten Landesgericht nach Bayr. Landrecht und Bürgerlichem Gesetzbuch entschiedenen Falle[18]): „Wenn ein Kind von einer Frau geboren wird, während sie in einer Ehe lebt, die wegen des Bestandes einer früheren Ehe nichtig, aber wegen des guten Glaubens des zweiten Ehemanns als Putativehe anzusehen ist, so spricht die gesetzliche Vermutung nicht dafür, daß der Mann aus der früheren Ehe der Vater des Kindes sei". — Das bedeutet eben nicht anderes, als daß der Richter eine Vermutung, die dem ersten Ehegatten zur Seite steht, vielleicht sogar wider dessen Willen, als widerlegt behandelt, deren Widerlegung ausschließlich in der Macht des Ehegatten selbst liegt.

---

[16]) Ähnlich Kohler S. 300 im Falle der Wiederverheiratung nach erfolgter Todeserklärung: Aus dem Umstand, daß die Ehe bis zur Wiederverheiratung bestanden hat, ist nicht zu folgern, daß die in der Zwischenzeit geborenen Kinder eheliche sind; dies wäre nur der Fall, wenn inzwischen eine eheliche Beiwohnung stattgefunden hätte und infolgedessen die eheliche Kindschaft möglich wäre. Wenn nun auch im allgemeinen die Vermutung dafür spricht, daß während der Ehe Beiwohnungen stattfinden, so daß das Kind ein ehelich gezeugtes sein kann, so wird die Vermutung hier durch die Sachlage zerstört ...

[17]) Planck Anm. 3 zu § 1699 S. 569.

[18]) SeuffertsBl. S. 72.

Wenn man so entscheidet, hat man schon das rein Juristische zugunsten der „tatsächlichen" Verhältnisse hintangesetzt.

Ähnliche Bedenken wie die, die gegen die genannten Lösungen sprechen, treffen auch zu auf die Ausführungen Bernhöfts.[19]) Vom Standpunkte des Gesetzgebers, so heißt es hier dem Sinne nach, beruht der § 1593 nicht auf der Rechtsgültigkeit der Ehe; denn § 1699 überträgt dieselbe Bestimmung auf eine nichtige Ehe. Der gesetzgeberische Grund für beide liegt vielmehr in dem ehelichen Verhältnis, d. h. in dem Verhältnis, das der Sitte gemäß durch die Eheschließung zwischen den Ehegatten entsteht, ebenso wie durch eine rechtsgültige auch durch eine Putativehe. Nun wird dieses sittliche Verhältnis zwar weder durch Verfehlungen eines Ehegatten gegen dasselbe noch durch längere Trennung aufgehoben. Kommt aber zu einer tatsächlichen Trennung hinzu, daß einer der Ehegatten eine neue Ehe schließt, dann kann von einem „ehelichen Verhältnis" bezüglich der ersten Ehe im moralischen Sinne nicht mehr die Rede sein. Für die Annahme der Vaterschaft des ersten Ehemannes und für die Anwendung des § 1593 entfällt jetzt jeglicher Grund. Es ist jetzt kein Grund vorhanden, weshalb diese Unehelichkeit bezüglich der moralisch nicht mehr bestehenden Ehe nicht auch von den Vertretern des Kindes selbst und dritten Personen geltend gemacht werden sollte. — Gewiß ist die Lösung „einfach und wird den natürlichen Verhältnissen gerecht",[19]) da sie ja nur diese berücksichtigt und einerseits die Frage nach der Rechtsgültigkeit der einen der beiden Ehen mit Recht ganz ausschaltet, deren Berücksichtigung ja eine Entscheidung zuungunsten der Putativehe, also in den meisten Fällen den tatsächlichen Verhältnissen zuwider, bedingen würde, andererseits ebensowenig sich grundsätzlich für die Bevorzugung der Putativehe entscheidet, was e. c. für den Fall, daß eine Frau, die eine nichtige Ehe geschlossen hat, sich in gültiger Ehe wieder verheiratet hat, ebenfalls zu Unbilligkeiten führen würde. Aber die Lösung wird der gesetzlichen Bestimmung des § 1593 nicht gerecht, den sie auf Grund moralischer Erwägungen ganz ausschaltet. Das will uns nicht angängig erscheinen. —

---

[19]) Bernhöft S. 285 ff., 290.

Des weiteren ist der Vorschlag gemacht worden, die doppelte Ehelichkeit durch Ausdehnung des Anfechtungsrechts vom Ehemann auf das Kind, die Mutter und überhaupt interessierte Dritte zu vermeiden.

So sagt Riezler[20]: „An die Stelle des hier zweckwidrigen, weil zu einer Duplizität der Vaterschaft und damit zu heillosen rechtlichen und praktischen Ungereimtheiten führenden Prinzips der Begünstigung der Ehelichkeit müße m. E. in unseren Kollisionsfällen das Prinzip der Begünstigung des tatsächlichen familienrechtlichen Besitzstandes, des „Rechtsbesitzes", wenn man ihn so nennen will, treten. Seine technische Durchführung wäre nicht schwierig ... Denn da es in unseren Fällen regelmäßig wegen der nachweisbaren Trennung der Ehegatten voneinander „den Umständen nach offenbar unmöglich ist", daß die Frau die in der zweiten Ehe geborenen Kinder von dem ersten Manne empfangen hat ..., so treffen alle die Gründe, die für das vom Gesetz gewollte weitgehende Dispositionsrecht des Mannes über den Familienstand des Kindes bei der Vorarbeit für das Bürgerliche Gesetzbuch geltend gemacht worden sind (vgl. Mot. Bd. 4 S. 657 ff.), in unseren Fällen nicht zu. Hätten wir den berühmten Art. 1 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs oder dürften wir schlechthin der Maxime huldigen: Cessante ratione legis cessat lex ipsa, so würden wir die Geltendmachung der offenbaren Unmöglichkeit der Abstammung der in der zweiten Ehe geborenen Kinder aus der ersten Ehe und damit die Geltendmachung der Nichtehelichkeit dieser Kinder gegenüber dem ersten Manne jedermann, insbesondere den Kindern selbst und der Mutter gestatten, ohne daß erst gewartet werden müßte, bis der erste „Vater" selbst anficht oder stirbt. Ein künftiger Gesetzgeber wird dies zu erwägen haben. Aber darf der gegenwärtige Richter corrigendi iuris civilis gratia so weit gehen?" — Also, m. a. W., eine Ausdehnung des Anfechtungsrechts auf Dritte auf Kosten des Ehemannes.[21])

---

[20]) Riezler S. 72/73.

[21]) Für eine solche entscheidet sich Herbert Meyer S. 44. Ebenso ist, bezüglich des österreichischen Rechts, Friedrich Zoll jr. (Das Recht auf Unehelichkeit, in GrünhutsZ., Wien 1912, Bd. 39 S. 44 ff.) aus Anlaß des Judikates des

Daß der Erfolg des genannten Prinzips, die Lösung der Kollision zugunsten der zur Zeit der Geburt des Kindes tatsächlich bestehenden Ehe, anzustreben ist, ist zweifellos. Nur will uns der Weg zur Erreichung dieses Ziels durch Ausdehnung des Anfechtungsrechts auf Dritte nicht empfehlenswert erscheinen.

Wenn auch in einzelnen wenigen, wie gerade in unseren so überaus seltenen Fällen diese Ausdehnung des Anfechtungsrechts zu einer befriedigenden Lösung führen würde, so stehen doch diesen eine ungleich größere Anzahl gegenüber, bei denen ein weitergehendes Anfechtungsrecht zu schwierigen, das Familienglück gefährdenden Prozessen führen würde; und die Gefahren, welchen das Kind, die Ehre der Frau und das Glück der Familie ausgesetzt sind, wenn es, vielleicht nach langen Jahren, Dritten gestattet ist, den Schleier zu lüften und die Unehelichkeit des Kindes noch geltend zu machen, sind weit größer als die Gefahr der Beeinträchtigung der auf Grund des wahren Personenstandes dem Kinde und Dritten zustehenden Rechte dadurch, daß der Mann ein in Wahrheit uneheliches Kind als das seinige anerkennt.[22]) Die Vorschrift des § 1593 möchten wir also einigen wenigen Ausnahmefällen zuliebe auch de lege ferenda nicht geändert wissen.

§ 4.

Der § 1600 und seine analoge Anwendung.

Das Gesetz gestattet der Frau nach Auflösung oder Nichtigkeitserklärung ihrer früheren Ehe die Wiederverheiratung erst nach Ablauf einer zehnmonatigen Wartefrist.[1])

ObGH., Z. 192 dafür eingetreten, auch um die Ausführungen v. Calls (Das Recht auf Unehelichkeit, in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB. 1911 Bd. 2 S. 323 ff.), der für das ausschließliche Anfechtungsrecht des Mannes eintritt, nicht unerwidert zu lassen.

[22]) Mugdan, Mat. Bd. 4, Mot. zu § 1471 S. 351.

[1]) § 1313: „Eine Frau darf erst zehn Monate nach der Auflösung oder Nichtigkeitserklärung ihrer früheren Ehe eine neue Ehe eingehen, es sei denn, daß sie inzwischen geboren hat.

Von dieser Vorschrift kann Befreiung bewilligt werden."

Über die materiellen Voraussetzungen für einen Dispens vgl. Köhne in DJZ. Bd. 9 S. 493.

Der Zweck dieser Vorschrift ist der, „bei ehelichen Kindern die Ungewißheit ihrer Abstammung zu verhüten".[2]) Deshalb fällt, ebenso wie e. c. im österreichischen allgem. Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 120) und im ungarischen Ehegesetz (§ 21), nach einem Zusatz des Bundesrats die Wartefrist fort, wenn die Frau nach Auflösung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe geboren hat.

Diese Vorschrift des § 1313 enthält aber nur ein aufschiebendes Ehehindernis, ihre Verletzung beeinträchtigt also die Gültigkeit der trotz des Verbots geschlossenen Ehe nicht.

In dem Falle nun, daß eine Frau vor Ablauf der Wartefrist eine neue Ehe eingeht und in dieser ein Kind gebiert, kann auf Grund der in § 1592 festgelegten Empfängniszeit für dessen Erzeugung sowohl die Beiwohnung des früheren wie des zweiten Mannes in Betracht kommen, so daß das Kind sowohl eheliches des ersten wie des zweiten Mannes wäre. Diesen Konflikt löst der § 1600:

„Wird von einer Frau, die sich nach der Auflösung ihrer Ehe wiederverheiratet, ein Kind geboren, das nach den §§ 1591 bis 1599 ein eheliches Kind sowohl des ersten als des zweiten Mannes sein würde, so gilt das Kind, wenn es innerhalb zweihundertundsiebzig Tagen nach der Auflösung der früheren Ehe geboren wird, als Kind des ersten Mannes, wenn es später geboren wird, als Kind des zweiten Mannes".[3])

Dieser Paragraph ist die einzige Norm für die Lösung der Kollision der Ehelichkeit überhaupt. Und fast hätte man eine Spezialvorschrift diesen Sinnes unterlassen. Erst nach langer Beratung hat man die Aufstellung einer positiven Norm einer Regelung nach allgemeinen Grundsätzen vorgezogen, um Zweifel darüber nicht aufkommen zu lassen, „in welcher Art der Konflikt nach allgemeinen Regeln zu lösen ist", wie dies das Fehlen einer Bestimmung e. c. im französischen Recht gezeitigt hatte.[4]) Nun waren bei Aufstellung einer solchen Spezialvorschrift zwei ver-

---

[2]) Mugdan, Mat. Bd. 4 S. 18.

[3]) Für den Fall der Anfechtung der Ehelichkeit seitens eines der Ehemänner vgl. Planck § 1600 Bem. 2 Abs. 2.

[4]) Mugdan, Mat. Bd. 4 S. 358, 5.

schiedene Wege möglich: entweder man sprach das Kind als eheliches schlechthin der zweiten, bestehenden Ehe zu, oder man legte die gewöhnliche Schwangerschaftsdauer von neun Monaten zugrunde und teilte je nach dem Zeitablauf von 270 Tagen das Kind entweder der ersten oder der zweiten Ehe zu. — Man hat das letztere Prinzip gewählt: aus diesem heraus müssen wir versuchen, auch unsere Kollision zu lösen!

Die Fassung des Paragraphen zeigt, daß der Gesetzgeber hierbei an unsere Fälle nicht gedacht hat; denn

erstens spricht er von einem Kinde, das nach den §§ 1591 bis 1599 doppelt ehelich sein würde, während bei uns diese Ehelichkeit mit der aus § 1699 kollidiert. Aber auch allein auf Grund des § 1699 ist eine solche Kollision möglich, wenn e. c. eine Frau innerhalb 302 Tagen nach Kenntnis der Nichtigkeit ihrer ersten Putativehe ein Kind gebiert, in dieser Zeit aber bereits eine neue, ebenfalls nichtige Putativehe abgeschlossen hatte;

zweitens liegt bei uns eine Auflösung der ersten Ehe nicht vor, während in § 1600 die Frau sich nach Auflösung der ersten Ehe wiederverheiratet hat und die Berechnung der 270 Tage von der Auflösung ab gerechnet werden. — Die Auflösung der ersten Ehe konnte der Gesetzgeber, da er an den § 1699 nicht gedacht hat, um so unbedenklicher voraussetzen, als er ja eine neue Ehe ohne Auflösung oder Nichtigkeitserklärung der früheren nicht zuläßt. Er hätte also, da das Kind der zweiten Ehe auf Grund der §§ 1591—1599 nur ehelich sein kann, wenn die zweite Ehe gültig, die erste also aufgelöst ist, die Worte „nach Auflösung der Ehe" weglassen können, ohne den Sinn des Paragraphen zu beeinträchtigen, wenn anders er nicht einen festen Termin bestimmen mußte, von dem ab die Frist von 270 Tagen laufen sollte.

Die Verwandtschaft des in § 1600 geregelten Rechtsverhältnisses mit dem in unseren Fällen vorliegenden besteht nun in der hier wie dort eintretenden doppelten Ehelichkeit. Wenn wir also von der Feststellung des unmittelbaren Inhalts des § 1600 fortschreiten zu den sich logisch daraus ergebenden Konsequenzen für gleichartige Fälle, für die keine besonderen gesetzlichen Bestimmungen existieren, so bedeutet das in concreto eine Anwendung secundum

rationem legis auch auf unsere Fälle, eine analoge Anwendung[5]) des aus dem § 1600 abstrahierten Prinzips der Kollisionslösung mit Hilfe des 270. Tages nach Auflösung der ersten Ehe; gerechtfertigt auch durch den Umstand, daß die Regelung des vom Gesetzgeber zweifellos übergangenen hier vorliegenden Rechtsverhältnisses nach den in § 3 genannten Vorschlägen nicht möglich ist, ohne dem geltenden Recht Zwang anzutun, wenn nicht dessen Boden bewußt zu verlassen.

Bleibt noch übrig, einen der Auflösung der früheren Ehe entsprechenden Zeitpunkt zu finden.

Daß man allerdings e. c. das tatsächliche Ende des ehelichen Verkehrs mit dem ersten Manne oder einen ähnlichen von vornherein unbestimmten Zeitpunkt als Analogon für die Auflösung wählen könne, mit dessen „an Intima rührender Auffindung Beweisschwierigkeiten verbunden wären, die man zu dem ohnehin schon problematischen Behelfe der Analogie überhaupt kaum wird in Kauf nehmen wollen", ist mit Riezler[6]) ebenfalls abzulehnen. Viel näher liegt dagegen der Zeitpunkt der Wiederverheiratung, der Eingehung der neuen Ehe. Liegt in der Eingehung der neuen Ehe seitens der Frau einmal zweifellos die Absicht, die bewußt noch bestehende oder irrtümlich schon als gelöst betrachtete Ehe wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich, äußerlich zu lösen, so bleibt zum andern dieser Zeitpunkt der Schließung der neuen Ehe fest bestimmbar auch dann bestehen, wenn wegen der Nichtigkeit der geschlossenen Ehe alle weiteren Wirkungen ex tunc wegfallen. Aber gerade bezüglich der Ehelichkeit eines Kindes aus einer Putativehe äußert, trotz Wegfall der Ehe als solcher,

---

[5]) Cosack Bd. 1, 1 S. 37 sagt über die Anwendung der Analogie u. a.: „Hat das Gesetz seine Regel auf den Einzelfall nur deshalb beschränkt, weil es ihn für besonders wichtig und schwierig hielt, so kann man die Regel analog auch auf andere Fälle ausdehnen; indem man annimmt, daß das Gesetz durch die Feststellung der Regel für jenen Einzelfall ein allgemeines Prinzip „zunächst" für diesen Fall anerkannt habe, kann man eben diese Feststellung, so beschränkt sie ist, doch als Argument zugunsten einer analogen Anwendung der Regel auf andere Fälle verwerten" (§ 12, 3a).

[6]) Riezler S. 69/70; er hält eine „entsprechende" Anwendung deshalb für „untauglich", weil sich hier „kein bestimmter Zeitpunkt finden läßt, der mit der Auflösung verglichen werden könnte".

die Eheschließung noch ihre Wirkungen: wie einerseits die Feststellung, ob das Kind innerhalb der nichtigen Ehe geboren ist, auf Grund deren es als eheliches zu gelten hat, sich nach dem Termin der Eingehung dieser Ehe richtet, so beginnt andererseits erst mit diesem Zeitpunkt die Möglichkeit der Kollision der doppelten Ehelichkeit. Dadurch also, daß man diesen äußerlichen Akt der Schließung der neuen Ehe als der Auflösung der früheren Ehe entsprechend annimmt, ermöglicht man eine analoge Anwendung des § 1600 und dadurch eine Lösung der Kollision unter möglichstem Anschluß an das Gesetz.

Freilich darf nicht unerwähnt bleiben, daß die Entscheidung bei dieser Lösung auch zum Teil zugunsten des Ehemannes der ersten Ehe ausfallen und somit den tatsächlichen Verhältnissen nicht immer entsprechen wird; so e. c. immer innerhalb der normalen Schwangerschaftsdauer von 9 Monaten vom Zeitpunkt der Eheschließung ab. Vom Standpunkt der Zweckmäßigkeit aus mag also diese Lösung nicht ganz befriedigen. Aber Zweckmäßigkeitserwägungen berechtigen uns nicht zur Ausschaltung der gegebenen Gesetzesfaktoren. Daß die Anwendung des § 1600 hier zu Unzweckmäßigkeiten führt, liegt ja nicht an seiner Anwendung, sondern an seinen inhaltlichen Bestimmungen; denn zu solchen kann auch seine primäre Anwendung führen insofern, als die Entscheidung nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspricht. Diese Möglichkeit ist zwar in diesem Falle deshalb geringer, weil Auflösung und Wiederverheiratung nicht so eng zusammenfallen wie in unseren Fällen. Aber die medizinische Wissenschaft verzeichnet Fälle, in denen ein lebendes [7]) Kind schon nach einer Schwangerschaftsdauer von 168 Tagen geboren wurde; die Möglichkeit einer Ungerechtigkeit gegen den zweiten Ehemann liegt also hier in allen den Fällen vor, wo die Frau vor Ablauf von 102 Tagen nach Auflösung ihrer früheren Ehe wieder heiratet. Und doch wird diese Möglichkeit eine Ausschaltung des § 1600 nicht rechtfertigen. So zeitigt hier wie dort eine unbefriedigende Bestimmung nur das unbefriedigende Resultat.

[7]) Wenn auch nicht lebensfähig, was aber gar nicht erforderlich (§ 1 BGB.).

Zweiter Teil.

Die Kollision bei Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung.

§ 5.

Allgemeines.

Voraussetzung für die Zulässigkeit der Eingehung einer Ehe seitens einer Person, die schon früher einmal eine Ehe geschlossen hatte, ist zunächst, daß ihre frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist (§ 1309 Abs. 1 Satz 1 BGB.).

Als Auflösungsgründe kommen der der Ehescheidung (§ 1564) und der, wenn auch nicht wie in früheren Gesetzgebungen und noch im 1. Entw.[1]) ausdrücklich erwähnte, des Todes in Betracht. Die Fälle der Nichtigkeitserklärung zählt das Gesetz in den §§ 1323 ff. erschöpfend auf. In beiden Fällen kann es zu einer Kollision unseren Sinnes nicht kommen.[2])

Nun läßt ferner § 1348 eine Wiederverheiratung seitens des zurückgebliebenen Ehegatten für den Fall zu, daß der andere Ehegatte für tot erklärt worden ist.

Zwar ist einerseits die Verschollenheit als solche weder Auflösungsgrund noch, entgegen einigen früheren Partikularrechten, ein besonderer Scheidungsgrund; der zurückgebliebene Ehegatte müßte also, wollte er die Scheidungsklage wegen böslicher Verlassung durchführen, zunächst, da der Erhebung der Klage die Todesvermutung des § 18 BGB. entgegensteht, den für ihn ja nicht möglichen Beweis der Unrichtigkeit der Todeserklärung erbringen. Andererseits durfte der Gesetzgeber, nachdem er eine durch

---

[1]) 1. Entw. § 1440: „Die Auflösung der Ehe ‚vor dem Tode' eines der Ehegatten kann . . . nur durch gerichtliches Urteil erfolgen".

[2]) vgl. aber bezüglich der Ehescheidung unten § 9.

den Richter nach genauer Prüfung ausgesprochene Todeserklärung, die die Todesvermutung enthält, zugelassen, diese nicht dadurch selbst in ihrer Wirkung abschwächen, daß er wegen doch möglicher Unrichtigkeit derselben die Eingehung einer neuen Ehe schlechtweg verbot. Da aber die Möglichkeit einer Unrichtigkeit der Todeserklärung nicht vollständig ausgeschlossen ist, so würde die Schließung einer neuen Ehe insoweit eine Gefahr bedeuten, als die tatsächliche Fortdauer des Lebens des Verschollenen die Vermutung seines Todes widerlegen würde, so daß de facto seine frühere Ehe niemals aufgelöst worden wäre; dann müßte aber auf Grund des § 1326 BGB. die zweite Ehe des Zurückgebliebenen nichtig sein. Das würde also einen andauernden unsicheren Rechtszustand bedeuten, den der Gesetzgeber vermeiden mußte. Deshalb bestimmt § 1348 Abs. 1:

„Geht ein Ehegatte, nachdem der andere Ehegatte für tot erklärt worden ist, eine neue Ehe ein, so ist die neue Ehe nicht deshalb nichtig, weil der für tot erklärte Ehegatte noch lebt, es sei denn, daß beide Ehegatten bei der Eheschließung wissen, daß er die Todeserklärung überlebt hat".

Um nun das gesetzliche monogamische Prinzip zu wahren, mußte er gleichzeitig die frühere Ehe, unabhängig von der Richtigkeit der Todesvermutung, auflösen, und bestimmt in Abs. 2 des Paragraphen:

„Mit der Schließung der neuen Ehe wird die frühere Ehe aufgelöst. Sie bleibt auch dann aufgelöst, wenn die Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird".

Auf die neue auf Grund einer vorausgegangenen Todeserklärung eingegangene Ehe finden natürlich die allgemeinen Vorschriften über die Eingehung der Ehe Anwendung,[3]) soweit

---

[3]) Wenn die Meinung vertreten wird, die Anwendung des Ehehindernisses der Wartezeit sei für diesen Fall unmöglich, so ist diese irrig; denn wenn e. c. Schwaedt und Frantzen zu dem absurden Resultat kommen, daß hier eine Ehe erst 10 Monate nach ihrer Eingehung eingegangen werden dürfte, so beruht die Folgerung auf der falschen Voraussetzung, daß die frühere Ehe bis zur Eingehung der neuen bestanden habe, während jene als vom Tage des vermuteten Todes ab als aufgelöst gilt, die Wartefrist also von dem diesem Tage folgenden Tage ab läuft (vgl. Planck § 1313 Ziff. 2). Ihre prinzipielle Anwendung muß also zugegeben werden.

nicht in dem IV. Titel des I. Abschn. des 4. Buchs: „Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung" § 1348 ff. ein anderes bestimmt ist.

So ist durch § 1349 ein neues aufschiebendes Ehehindernis dazugekommen;[4]) zu den allgemeinen Nichtigkeits- und Anfechtbarkeitsgründen der Ehe der §§ 1323 ff. kommt als besonderer Anfechtungsgrund der des § 1350:

„Jeder Ehegatte der neuen Ehe kann, wenn der für tot erklärte Ehegatte noch lebt, die neue Ehe anfechten, es sei denn, daß er bei der Eheschließung von dessen Leben Kenntnis hatte".[5])

Die Gründe, die zur Zulassung dieses Anfechtungsrechts der nach erfolgter Todeserklärung geschlossenen Ehe geführt haben, sind religiöser Natur gewesen. Die Rücksicht auf das religiöse Bedürfnis schien hinreichend, dem gutgläubigen Wiederverheirateten die Möglichkeit zu geben, eine Ehe wieder zu lösen, deren Fortsetzung den Lehren seiner Religion widerspricht. Wäre es die einfachste Lösung dieser Frage gewesen, nach Schließung der neuen Ehe auf das Weiterleben des für tot Erklärten keine gesetzliche Rücksicht mehr zu nehmen, so stellt sich das Gesetz einerseits nicht auf den Standpunkt des katholischen Dogmas von der Unlöslichkeit der Ehe, indem es prinzipiell die neue Ehe trotz Weiterlebens des Verschollenen bestehen läßt, andererseits schließt es ein Kompromiß

---

[4]) § 1349: „Ist das Urteil, durch das einer der Ehegatten für tot erklärt worden ist, im Wege der Klage angefochten, so darf der andere Ehegatte nicht vor der Erledigung des Rechtsstreits eine neue Ehe eingehen, es sei denn, daß die Anfechtung erst 10 Jahre nach der Verkündung des Urteils erfolgt ist". — Denn mit der Erhebung der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage ist die Existenz des Ausschlußurteils und damit die Zulässigkeit der Wiederverheiratung in Frage gestellt. (Bei bloßer Berichtigung des Todeszeitpunktes vgl. Opet § 1349, 1 b; Planck § 1349, 1 u. 2.) Nach Ablauf von 10 Jahren ist eine erfolgreiche Anfechtung des Urteils nicht mehr möglich (ZPO. § 958 Abs. 2), also auch die Aufrechterhaltung dieses Ehehindernisses zwecklos.

[5]) § 1350: „. . . Die Anfechtung kann nur binnen 6 Monaten von dem Zeitpunkt an erfolgen, in welchem der anfechtende Ehegatte erfährt, daß der für tot erklärte Ehegatte noch lebt. — Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der anfechtungsberechtigte Ehegatte die Ehe bestätigt, nachdem er von dem Leben des für tot erklärten Ehegatten Kenntnis erlangt hat, oder wenn die neue Ehe durch den Tod eines der Ehegatten aufgelöst worden ist".

mit der Kirche dergestalt, daß es wegen der Möglichkeit etwaiger „seelischer Konflikte" eine Anfechtung der neuen Ehe zuläßt.[6])

Zur Klarlegung der ehelichen Beziehungen zwischen den Eltern und Kindern dieser Ehe müssen wir im folgenden uns mit der Frage beschäftigten, welche Wirkung die erfolgreiche Anfechtung der neuen Ehe auf die Gültigkeit der früheren hat; zunächst wollen wir die Wirkung der Todeserklärung auf die Ehe kurz betrachten und dazu Stellung nehmen.

§ 6.

Wirkung der Todeserklärung auf die Ehe.

Über die Frage, welche Wirkung die Todeserklärung auf die Ehe hat, hat lebhafter Streit geherrscht.

Während auf der einen Seite behauptet wurde, daß die in § 18 BGB. aufgestellte allgemeine Todesvermutung: „Die Todeserklärung begründet die Vermutung, daß der Verschollene in dem Zeitpunkt gestorben sei, welcher in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteil festgestellt ist" auch für das Familienrecht anzuwenden sei, also auf den Bestand der Ehe Einfluß hätte dergestalt, daß diese als mit diesem Zeitpunkt aufgelöst gilt, wurde dies auf der andern Seite verneint, da die Spezialbestimmung des § 1348 Abs. 2: „Mit der Schließung der neuen Ehe wird die frühere Ehe aufgelöst" die Anwendung des § 18 ausschließt, so daß trotz der Todeserklärung die Ehe weiter bestünde bis zu einer eventuellen Wiederverheiratung.

Diese letztere Ansicht wurde vom Kammergericht in einer Entscheidung des Ferienssenats v. 2. 8. 1902[1]) vertreten, die den Anlaß zu einer umfassenden Literatur gegeben hat.

So kommt Boschan[2]) zu dem Resultat, daß ein nach der Todeserklärung, aber vor der Wiederverheiratung geborenes Kind eheliches des Verschollenen ist, auch wenn es den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß die Frau das Kind von dem Manne

---

[6]) Im französischen Recht (code civil Art. 139) hat nur der Zurückgekehrte das Anfechtungsrecht. — Das ganze System ist ein anderes.

[1]) Mugdan-Falkmann, OLGRspr. Bd. 6 S. 153ff.

[2]) Boschan in DJZ. S. 77.

empfangen hat; er erkennt zwar die Wirkung des § 18 grundsätzlich auch für das Familienrecht an, läßt aber inkonsequenterweise die Ehe bis zur Wiederverheiratung weiter bestehen.

Neubecker[3]) vertritt bei Widerlegung Boschans die ebenfalls unrichtige Meinung: Die Todeserklärung bewirkt nach § 18 „nur" die bekannte Vermutung, nicht nach § 1348 die Auflösung der Ehe. Folglich sind die Kinder während der Ehe geboren. Sie sind zwar unehelich nach § 1591, dem steht aber § 1593 entgegen. Doch da § 18 die Vermutung des Inhalts begründet, daß jemand gestorben sei, so hat die Vermutung des § 1591 Abs. 2, daß der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt habe, keinen Sinn mehr; aus diesem Grunde müssen etwaige Kinder als unehelich gelten. — Trotz des richtigen Resultats wird auch diese Meinung sich nicht halten lassen.

Als Vertreter der richtigen Ansicht sei Olshausen[4]) erwähnt. Er sagt: Der Anwendung der Vermutung des § 18 auf die Ehe steht der § 1348 Abs. 2 nicht entgegen. Dieser § 1348 schließt nur den § 1326 für diesen Fall aus. Für solche, die nicht wieder heiraten, trifft er gar keine Regelung; hier greift natürlich § 18 ein, wie für alle Fälle, in denen das Leben des Verschollenen zur Zeit der Wiederverheiratung nicht erwiesen ist. Die Ehe gilt also als aufgelöst, solange ein Gegenbeweis fehlt.[5])

Auch die Praxis der Gerichte hat ihren Standpunkt geändert: Das Amtsgericht Hamburg in einer Entscheidung v. 1. 6. 1904[6]) und mit ihm im Instanzenzuge das Landgericht und Oberlandesgericht Hamburg und ferner auch das Reichsgericht in einer Entscheidung des vierten Zivilsenats v. 2. 3. 1905 (RGE. Bd. 60 S. 198 ff.) haben die Meinung vertreten: Die Todesvermutung des § 18 gilt auch in Ansehung der Ehe.

Der im 1. Entw. § 1235 Abs. 1 ausdrücklich ausgesprochene

---

[3]) Neubecker in DJZ. S. 101.

[4]) Olshausen in DJZ. S. 149.

[5]) Zu demselben Resultat kommen u. a. Ritter in DJZ. S. 1171 ff.; Fuchs in „Beiträge" S. 753; Engelmann in SeuffBl. S. 44 f.; Opet-Blume S. 439. Fälschlich heißt es hier nur „nach der Todeserklärung" statt „nach dem im Ausschlußurteil festgesetzten Zeitpunkt des Todes"; Herbert Meyer S. 37 f.

[6]) HansGZ. S. 257 ff.

Satz: „Ist einer der Ehegatten für tot erklärt, so gilt die Vermutung, daß derselbe den Zeitpunkt der Erlassung der Todeserklärung nicht überlebt habe, auch in Ansehung der Ehe" ist, obwohl der Entwurf ihn deshalb aufgestellt hatte, weil „seine Anwendung auf die Ehe durch ein dringendes Bedürfnis geboten war" und „weil es sich um eine praktisch besonders wichtige Konsequenz des § 21 Abs. 1 des 1. Entw. (§ 18 BGB.) handelte, welche ... in verschiedenen Gebieten, namentlich im Gebiete des französischen Rechts, neues Recht schaffe",[7]) später gestrichen worden, weil „es selbstverständlich sei, daß die Vermutung mit Rücksicht auf ihre allgemeine Fassung auch für die Eheschließung gelte und es nicht Aufgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs sei, in dieser Beziehung dem Standesbeamten eine Belehrung zu erteilen.[7])

Bei Anwendung der Todesvermutung des § 18 ergibt sich also bezüglich der Ehelichkeit der Kinder folgendes Resultat:

Da bis zu dem Zeitpunkt, der in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteil als Todestag festgesetzt ist, die Ehe als fortbestehend anzusehen ist, sind die Kinder, einschließlich der innerhalb 302 Tagen nach diesem Zeitpunkte geborenen, als ehelich zu behandeln.

Die nach diesem Zeitpunkte empfangenen und geborenen Kinder gelten als unehelich.

Stellt sich heraus, daß der für tot erklärte Ehegatte noch lebt, oder wird die Todeserklärung infolge Anfechtungsklage aufgehoben, so gilt die Ehe als fortbestehend, da die widerlegte Todesvermutung auch die Vermutung der Auflösung der Ehe widerlegt. Die von der Ehefrau geborenen Kinder sind also als eheliche des Verschollenen zu betrachten, da ihre Unehelichkeit nur von diesem selbst geltend gemacht werden kann; er allein hat es in der Hand, bei seiner Rückkehr ihre Ehelichkeit anzufechten oder ihnen durch Unterlassung der Anfechtung oder ausdrückliche Anerkennung als der seinigen den Stempel der Ehelichkeit aufzudrücken.

---

[7]) Mugdan, Mat. Bd. 4 S. 11 u. 692.

§ 7.

Rechtslage im Falle der Wiederverheiratung des zurückgebliebenen Ehegatten bei Weiterleben des für tot erklärten Ehegatten.

Die zurückgebliebene Ehefrau hat sich nach der Todeserklärung ihres verschollenen Ehegatten wiederverheiratet und in dieser neuen Ehe Kinder bekommen.

Wir hatten oben gesehen, daß nach § 1348 Abs. 2 mit der Schließung dieser Ehe die frühere aufgelöst wird, wobei die neue Ehe nicht deshalb nichtig ist, weil der für tot Erklärte noch lebt.

Wird die Todesvermutung nicht widerlegt, so beurteilt sich die Ehelichkeit der Kinder der neuen Ehe nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 1591 ff. bezw. 1699 ff., die der bis zur Wiederverheiratung geborenen nach dem in § 6 Gesagten.

Wird als wirklicher Todestag des Verschollenen ein anderer als der im Ausschlußurteil festgesetzte Tag nachgewiesen, so gilt mit dieſem Tage die frühere Ehe als aufgelöst; die Schließung der neuen Ehe beurteilt sich dann nicht nach den Grundsätzen über die Wiederverheiratung auf Grund der Todeserklärung, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen über die Eingehung einer neuen nach Auflösung der früheren Ehe; die besonderen Vorschriften über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer auf Grund der Todeserklärung geschlossenen Ehe insbesondere fallen für sie weg, wenn sie auch formell ihre Zulässigkeit von der Todeserklärung abgeleitet hat.

Nun kehrt aber der verschollene Ehegatte zurück und widerlegt damit die Vermutung seines Todes. Die Kinder, die trotz seiner Abwesenheit von der zurückgebliebenen Ehefrau geboren sind, treten also zu ihm in das Verhältnis von ehelichen und bleiben es, solange er von seinem ihm allein zustehenden Anfechtungsrechte nicht Gebrauch macht. Gleichzeitig verschiebt sich die Zeit der vermuteten Auflösung seiner Ehe bis zu dem Zeitpunkte der Wiederverheiratung des zurückgebliebenen Teils als dem der wirklichen Auflösung. Hat nun innerhalb 302 Tagen nach ihrer Wiederverheiratung, gleichzeitig dem Zeitpunkte der Auflösung der früheren Ehe, die Frau ein Kind geboren, so ist dieses auf Grund der §§ 1591—1599 einerseits als eheliches des

früheren Ehegatten zu behandeln, andererseits ist es auf Grund derselben Paragraphen eheliches des neuen Ehegatten.

Riezler[1]) meint, „daß man bei dieser Situation von vornherein nicht dadurch helfen könne, daß man die Bedeutung der einen Norm gegen die andere abwägt, denn hier liege die Sache nicht so, daß nach dem Gesetzbuchstaben das Kind auf Grund der einen Vorschrift eheliches Kind eines Mannes ist und auf Grund der anderen Vorschrift als eheliches eines anderen gilt, sondern hier ist das Kind auf Grund eines und desselben Normenkomplexes (§§ 1591, 1592) eheliches Kind beider Männer". Dabei ist übersehen, daß das Kind auf Grund des § 1591 Satz 2 nicht eheliches Kind des A ist, sondern, da es den Umständen nach unmöglich von ihm empfangen sein kann, gerade unehelich ist, daß aber seiner Behandlung als solches der § 1593 entgegensteht, dessen willkürliche Ausschaltung nicht möglich ist. Wollte man hier die eine Norm gegen die andere abwägen, so käme man zweifellos auf die Anerkennung der Ehelichkeit bezüglich der neuen Ehe; denn diese Ehelichkeit ist einwandfrei, während der Behandlung des Kindes als uneheliches bezüglich des ersten Ehemannes nur dessen alleiniges Anfechtungsrecht der in Wirklichkeit gar nicht vorhandenen „Ehelichkeit" entgegensteht.

Aber auch wir lehnen eine Abwägung der doch gleichwertige Beachtung verlangenden Normen gegeneinander ab, obwohl sie in diesem Falle zu einem zweifellos wünschenswerten Erfolge führen würde.

Ist nun hier die Lösung der Kollision durch Anwendung des § 1600 möglich?

Es erscheint uns nicht haltbar, die Anwendung des § 1600 auf unsere Fälle deshalb abzulehnen, weil die frühere Ehe erst durch die Wiederverheiratung aufgelöst wird, der § 1600 aber von einer Kollision nach Auflösung der früheren Ehe spricht.[2])

Zwar ist die Auflösung der früheren Ehe dem Wortlaute des § 1348 Abs. 2 nach Wirkung der Wiederverheiratung; doch wird sie schon vom Zeitpunkte des vermuteten Todes an ver-

---

[1]) Riezler a. a. O. S. 75.

[2]) So Riezler a. a. O. S. 74; ebenso Krüger, Diss. S. 72.

mutet; die Auflösung wird durch die Wiederverheiratung nur zu einer endgültigen, von der Richtigkeit der Vermutung unabhängigen. Andererseits ist aber die Auflösung Voraussetzung der Wiederverheiratung, die ohne Auflösung nicht zulässig wäre. Wäre die Auflösung der Ehe ein äußerlicher, formeller Akt, so müßte dieser zweifellos einer Wiederverheiratung voraufgehen; denn die auch nur einen Augenblick bei ihrer Eingehung vorhandene Eigenschaft als „Doppelehe" würde die neue Ehe nichtig sein lassen. Sinngemäß findet also die Wiederverheiratung nach Auflösung der früheren Ehe statt.

Alle weiteren Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 1600 sind gegeben: Das Kind wird nach Auflösung der früheren Ehe geboren und, da in einer gültigen Ehe, so geboren, daß es nach §§ 1591—1599 ein eheliches sowohl des ersten als des zweiten Mannes sein würde; die Anwendung des § 1600 auf diese Fälle ist also eine zwanglose.[3])

Bei Widerlegung der Todesvermutung des verschollenen und für tot erklärten Ehegatten nach eingetretener Wiederverheiratung des Zurückgebliebenen und dadurch bewirkter Auflösung der früheren Ehe sind die bis zur Wiederverheiratung geborenen Kinder als eheliche des ersten Mannes anzusehen, die in der neuen Ehe geborenen sind regelmäßig eheliche des neuen Ehegatten. Auf die, die eine doppelte Ehelichkeit zu fürchten hätten, da sie innerhalb 302 Tagen nach Auflösung der früheren in der neuen Ehe geboren sind, findet der § 1600 entsprechende Anwendung; demnach sind die innerhalb 270 Tagen nach der durch Abschluß der neuen Ehe bewirkten Auflösung der früheren Ehe geborenen Kinder eheliche des ersten, die später geborenen eheliche des neuen Ehegatten.

Dies ist die Lösung, die sich aus dem Gesagten ergibt.

§ 8.

Wirkung der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der neuen Ehe auf die frühere.

Hatten wir oben gesagt, daß mit der Schließung der neuen Ehe die frühere aufgelöst wird, so müssen wir im folgenden eine

[3]) Für seine Anwendung auch Planck § 1600 Anm. 3; Opet-Blume § 1600 Anm. 3a.

der wichtigsten und schwierigsten Streitfragen berühren, nämlich, ob zur Auflösung der früheren Ehe vorausgesetzt werden muß, daß die neue Ehe eine vollgültige ist, oder ob es bei deren Auflösung verbleibt, auch wenn die neue Ehe nichtig ist oder infolge Anfechtung Nichtigkeit eintritt. Denn für die Möglichkeit einer doppelten Ehelichkeit bedeutet die Beantwortung dieser Frage insoweit einen Unterschied, als mit dem Postulat der Gültigkeit der neuen Ehe alle aus dieser stammenden Kinder bei vorhandener Nichtigkeit der neuen eheliche der früheren, dann nicht aufgelösten Ehe wären und also, soweit sie nach den Bestimmungen der §§ 1699 ff. auch als eheliche der neuen gelten müßten, die Möglichkeit der Fälle einer doppelten Ehelichkeit eine Erweiterung erfahren würde, während hingegen bei auch durch nichtige Ehe eintretender Auflösung der früheren Ehe diese Kollision nur bezüglich der innerhalb 302 Tagen nach dem äußerlichen Akt der Wiederverheiratung geborenen Kinder eintreten würde.

Die Frage ist in jedem nur möglichen Sinne beantwortet worden. Wir finden folgende Meinungen vertreten:

Die frühere Ehe wird nur durch eine gültige neue Ehe aufgelöst.[1])

Die frühere Ehe bleibt aufgelöst, auch wenn die neue Ehe nichtig oder anfechtbar und angefochten ist, mit Ausnahme der Nichtehe des § 1326 und der Nichtigkeit der neuen Ehe nach § 1348 Abs. 1.[2])

Die frühere Ehe darf nur dann als fortbestehend angesehen werden, wenn die Nichtigkeit der neuen Ehe auf einer Anfechtung aus § 1350 beruht, also seitens sowohl des zurückgebliebenen als des neuen Ehegatten.[3])

Die frühere Ehe gilt außer dem Falle des § 1348 Abs. 1 nur dann nicht als aufgelöst, wenn der zurückgebliebene Ehegatte aus § 1350 angefochten hat.[4])

---

[1]) So herrschende Ansicht; vgl. Planck zu § 1348 Abs. 4.

[2]) So Dernburg, Pand. Bd. 1; Bernhöft.

[3]) So Meyer, Diss. S. 23 ff. u. 47 ff.; ebenso Barre S. 18 f.; v. d. Pfordten S. 12: „Die frühere Ehe bleibt aufgelöst, wenn die neue Ehe auf Grund der §§ 1331—1335 angefochten wird".

[4]) So Benndorf, Diss. S. 58 ff.

Die herrschende Ansicht, die zur Auflösung der früheren Ehe formelle und materielle Gültigkeit der neuen verlangt, stützt sich zunächst auf die Entstehungsgeschichte des § 1348.

Die Bundesratsvorlage, die sich dem Sinne nach dem § 1464 des Entwurfs 1. und dem § 1482 des Entwurfs 2. Lesung anschloß, bestimmte in § 1333 Abs. 2: „Die frühere Ehe bleibt auch dann aufgelöst, wenn die Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird oder wenn die neue Ehe nach den §§ 1316 bis 1320 anfechtbar ist und angefochten wird. Die Auflösung tritt nicht ein, wenn die neue Ehe nichtig ist". Die beiden letzten Bestimmungen von „oder" bis zum Ende hat der Bundesrat aus unbekannten Gründen gestrichen. Die herrschende Meinung hat für sich daraus gefolgert, daß die Auflösung der früheren Ehe sowohl bei Nichtigkeit wie bei Anfechtbarkeit und Angefochtensein (entgegen den Vorentwürfen) nicht eintritt.

Mit eben solchem Recht könnte man sich entweder ganz auf den Standpunkt der Vorentwürfe stellen und aus der Streichung die Auflösung nur bei Nichtigkeit der neuen Ehe folgern, oder daraus schließen, daß sie sowohl bei Nichtigkeit als auch bei Anfechtbarkeit und Angefochtensein aufgelöst bleiben solle. Die Materialien sind also hier kein sicherer Führer.

Sie beruft sich weiter auf den Zusammenhang des Abs. 2 des § 1348 mit dem Abs. 1: Das Gesetz wolle durch Abs. 2 das Entstehen einer Doppelehe verhüten, es läge ihm aber fern, das Ergebnis herbeizuführen, daß schließlich unter Umständen keine Ehe mehr besteht. — Doch ist die positive Bestimmung des § 1348 Abs. 2 imstande, genanntes Ergebnis selbst herbeizuführen: Er bestimmt, daß die frühere Ehe auch dann aufgelöst bleibt, wenn die Todeserklärung aufgehoben wird. In diesem Falle entfällt, insofern die Aufhebung aus einem anderen Grunde als dem Fortleben des für tot Erklärten erfolgte, die Grundlage für die Gültigkeit der neuen Ehe. Diese ist also nichtig; die da frühere aber trotzdem aufgelöst bleibt, besteht keine Ehe mehr.[5])

Der herrschenden Ansicht folgend, sagt Riezler[6]): „Mit der

---

[5]) vgl. Krüger, Diss. S. 63.

[6]) Riezler a. a. O. S. 73.

Rechtskraft des der Anfechtung stattgebenden Urteils gilt die frühere Ehe, welche durch die Todeserklärung als aufgelöst galt und durch die neue Eheschließung aufgelöst war, ohne weiteres als fortbestehend (arg. § 1343)".

Bei Friedberg[7]) heißt es: „Durch das auf die Anfechtung ergangene rechtskräftige Urteil wacht die erste Ehe mit dem Verschollenen ipso iure wieder auf". Friedberg erweitert den Fall durch die „besondere Schwierigkeit, die erwächst, wenn der für tot Erklärte, nachdem seine Ehe mit dem Zurückgebliebenen durch dessen Wiederverheiratung gelöst ist, sich seinerseits wiederverheiratet" und löst dieses „Dilemma, das dadurch entsteht, daß die zweite Ehe des Zurückgebliebenen angefochten und somit die erste Ehe des Zurückgebliebenen fortbestehend ist und darin besteht, daß der für tot Erklärte nun, da seine zweite Ehe gültig ist, sich im legitimen Besitze zweier Ehegatten befindet, durch die Annahme, daß die Gültigkeit der zweiten Ehe des Verschollenen wegen § 1309 Abs. 1 so lange in suspenso[8]) ist, bis die Anfechtungsklage der zweiten Ehe des Zurückgebliebenen ausgeschlossen ist".

Gerade an den Konsequenzen, die sie für den Fall ziehen muß, daß der für tot Erklärte seinerseits wieder geheiratet hat, zeigt sich die herrschende Ansicht am deutlichsten als unhaltbar. Daß sie in neuerer Zeit ins Schwanken geraten ist, das ist das Verdienst Dernburgs,[9]) der ihr entgegentritt. Er kommt zu dem Resultat: Das Gesetz spricht von „Schließung" einer Ehe auch, wenn eine nichtige Ehe vorliegt. Wenn also der § 1348 Abs. 2 sagt: „Mit Schließung der neuen Ehe wird die frühere Ehe aufgelöst", so wird sie es auch durch Schließung einer nichtigen Ehe.

Nur in zwei Fällen macht das Gesetz, auch nach Dernburgs Ansicht, ausdrücklich eine Ausnahme, nämlich erstens, wenn es sich um eine „Nicht-Ehe" handelt, da diese überhaupt keine Ehe im Rechtssinne ist, und zweitens, wenn beide Ehegatten bösgläubig sind, eine Ausnahme, die das Gesetz in § 1348 Abs. 1

---

[7]) Friedberg S. 437 Anm. 26 § 143.

[8]) vgl. dazu die Gegenausführung Bernhöfts a. a. O. S. 281/82.

[9]) Dernburg, Festschrift; ihr schließt sich Bernhöft a. a. O. S. 272 ff. an.

ausdrücklich vorschreibt. In diesem Falle ergibt sich nämlich folgende Rechtslage[10]):

Eigentlich wäre, wenn der für tot Erklärte noch lebt, die neue Ehe als Doppelehe nach § 1326 nichtig. Diese Nichtigkeit beseitigt aber § 1348 Abs. 1 ausdrücklich, indem er sagt: „Die neue Ehe ist nicht deshalb nichtig, weil der für tot erklärte Ehegatte noch lebt". Es heißt dann weiter: „es sei denn, daß beide Ehegatten bei der Eheschließung wissen, daß der für tot erklärte Ehegatte die Todeserklärung überlebt hat". In diesem einen Falle soll also die neue Ehe nichtig sein, und zwar wegen Bigamie. Wenn nun der Abs. 2 des § 1348 sagt: „mit der Schließung der neuen Ehe wird die frühere Ehe aufgelöst", so kann sich diese Auflösung nicht auch auf diesen Fall erstrecken; denn wenn sie auch bei beiderseitiger Bösgläubigkeit statthaben würde, dann könnte das Gesetz die neue Ehe nicht wegen Bigamie für nichtig erklären, da diese mit Auflösung der früheren Ehe nicht vorläge. Im Falle der Bösgläubigkeit beider Ehegatten will also das Gesetz die frühere Ehe nicht aufgelöst wissen.[11])

Aus dem Gesagten ergibt sich auch, daß alle anderen Nichtigkeitsgründe außer dem der nach § 1348 Abs. 1 mit § 1326 vorliegenden Bigamie die frühere Ehe in jedem anderen Falle aufgelöst lassen müssen; denn wenn nur in diesem Falle der Bösgläubigkeit beider Ehegatten die neue Ehe als Doppelehe nichtig sein soll, dann muß die frühere Ehe in jedem anderen Falle durch Schließung der neuen Ehe aufgelöst werden; sonst wäre jede neue Ehe, die aus einem anderen Grunde nichtig wäre, dann auch als bigamische nichtig, da die alte Ehe ex tunc wieder auflebte, also nie aufgelöst gewesen wäre. Das Gesetz läßt aber die neue Ehe nur im Falle der beiderseitigen Bösgläubigkeit als bigamische nichtig sein, bei Wegfall der neuen Ehe aus anderen Gründen ist also wohl ein Wiederaufleben der alten Ehe nicht im Sinne des Gesetzes.

---

[10]) vgl. auch Benndorf, Diss. S. 70, 72 und Meisner Bd. 4 S. 53.

[11]) Die Unmöglichkeit der Scheidungsklage wegen böswilligen Verlassens würde ja auch wegfallen, wenn der Zurückgebliebene vom Weiterleben des Verschollenen Kenntnis hat.

Für die weitere Ansicht, daß die frühere Ehe wieder auflebt, wenn die neue Ehe aus § 1350 angefochten wird, wird angeführt, daß das Gesetz nicht die Scheidung,[12]) sondern das Anfechtungsrecht zugelassen habe. „Gewähre man ein Anfechtungsrecht, so lebe auch im Falle der Durchführung desselben die alte Ehe ohne weiteres wieder auf, während nach erfolgter Scheidung der zweiten Ehe die erste nochmals geschlossen werden müßte." [13])

Man hat der Erwähnung dieses Vorzugs des Anfechtungsrechts in den Materialien gewiß eine zu große Bedeutung beigelegt. Wohl war es praktischer, ebenso wie mit der Auflösung der alten Ehe durch die Wiederverheiratung einen besonderen Scheidungsgrund wegen Verschollenheit überflüssig zu machen, einen solchen auch hier durch das Anfechtungsrecht zu vermeiden, aber hieraus zu schließen, daß mit der Anfechtung die alte Ehe wiederaufleben müsse, scheint uns als über die Wirkung der Anfechtung hinausgehend. Im Wesen der Anfechtung liegt zwar, daß die neue Ehe vernichtet wird; doch ist der äußere Akt der Schließung der neuen Ehe für sich trotz ihrer Vernichtung auch noch anderweitige Rechtswirkungen zu erzeugen imstande, wie e. c. die Ehelichkeit des Kindes aus einer Putativehe; er allein ist es auch hier, der die alte Ehe für immer auflöst.

Ein solches Wiederaufleben wäre aber ferner auch gar nicht nach dem Sinne der allgemeinen gesetzlichen Regelung der Eingehung und Auflösung der Ehe überhaupt. Die vom Gesetz bestimmt nicht gewollten Konsequenzen dieser Ansicht sollten von ihr abhalten; selbst auf die Gefahr hin, daß mit der gegenteiligen Meinung die Gefahr verbunden wäre, die ja von Gegnern und Anhängern unserer Ansicht gleichmäßig anerkannt wird, daß im Einzelfall mit dem Anfechtungsrecht Mißbrauch getrieben werden könnte wie im Falle der Scheidung insofern, als bei unserer Ansicht nach Wegfall der neuen Ehe auch die alte nicht mehr bestünde und so die Möglichkeit der Eingehung einer dritten Ehe vorhanden wäre, nachdem man sich der zweiten mühelos entledigt hätte. Wir

---

[12]) Das sächs. BGB. §§ 1708 ff. gab dem wiederverheirateten Ehegatten ein Recht auf Scheidung der neuen Ehe, ebenso wie zahlreiche deutsche Partikulargesetze.

[13]) Mugdan, Mat. Bd. 4 S. 932.

wollen dahingestellt sein lassen, ob nicht eine neue dritte Ehe vielleicht ungleich höher einzuschätzen wäre als eine, wenn wir so sagen dürfen, gesetzliche Zwangsehe, die jahrelang jeden Inhalts entbehrt hat und die bei Wiederaufleben in den meisten Fällen doch nur ein Scheindasein führen würde. Das Anfechtungsrecht ist vom Gesetz zur Lösung etwaiger seelischer Konflikte gegeben worden. Da es den Beweis des Vorhandenseins solcher Konflikte nicht verlangen kann, ist die Möglichkeit eines Mißbrauchs mit dem Zweck des § 1350 auch beim Anfechtungsrecht mit wiederauflebender Wirkung der alten Ehe vorhanden, indem man sich einer neuen Ehe auch aus nichtreligiösen Gründen entledigen kann. Andererseits beweist das Gesetz selbst, daß es dem Standpunkt der Kirche bei weitem nicht so sehr entgegenkommt, wie diese es wünschen müßte. Deren Dogma verlangt den Weiterbestand der früheren Ehe, da es deren Auflösung in unseren Fällen von vornherein ausgeschlossen hat; der Gesetzgeber beweist an anderer Stelle, daß mit Wegfall der neuen Ehe an sich sein Entgegenkommen ein Ende hat: Nach dem Tode des einen der Ehegatten der neuen Ehe ist die Anfechtung ausgeschlossen (§ 1350 Abs. 2). Allgemeiner hätte er hier sagen können in Abs. 1: Jeder Ehegatte der neuen *noch bestehenden* Ehe kann ... die neue Ehe anfechten; denn der Auflösung durch den Tod eines Ehegatten müssen wir wohl auch die Auflösung durch Scheidung[14]) gleichsetzen, die ebenfalls die Anfechtung ausschließt. In diesen Fällen kann also die frühere Ehe gar nicht von selbst wieder aufleben, es wäre eine neue Eheschließung nötig. Und es ist kein Grund abzusehen, warum diese nicht auch in allen Fällen des Wegfalls der neuen Ehe durch Anfechtung vorgenommen werden sollte.[15])

---

[14]) So Planck § 1350 Ziff. 2b Abschn. 3.

[15]) Wenn auch vom Standpunkt der katholischen Kirche die neue Ehe immer ungültig gewesen ist, so wäre der seelischen Ruhe des Ehegatten mit einer Scheidung der neuen Ehe m. E. sogar mehr gedient; denn dann hätte er in einer wenigstens vor dem Gesetze gültigen Ehe gelebt; — die tatsächliche vielleicht jahrelange eheliche Gemeinschaft läßt sich doch nicht mehr aus der Welt schaffen —, während er bei Anfechtung der neuen Ehe in einer nichtigen Ehe gelebt hat. Und das noch dazu, im Falle des Wiederauflebens der früheren Ehe, während einer *gültigen* anderen Ehe!

Wir sagten oben, daß ein Wiederaufleben der alten Ehe nicht dem Sinne des Gesetzes bezüglich der Auflösung der Ehe im allgemeinen entspricht.

Das Gesetz macht jede Auflösung der Ehe, abgesehen von der durch Tod, von dem Willen wenigstens eines der Ehegatten abhängig.[16])

Von diesem obersten Grundsatze des Gesetzes, die Befugnis zur Auflösung einer Ehe nicht dem Willen eines Dritten zu überlassen,[17]) darf nicht eine Ausnahme gemacht werden wegen der Befürchtung, daß mit einer Kompromißbestimmung einmal Mißbrauch getrieben werden könnte. Jedenfalls sind die Konsequenzen der gegnerischen Ansicht mit dem Wesen der Ehe viel weniger vereinbar als der Umstand einer erforderlichen zivilen Neueingehung der Ehe mit dem tatsächlich ja einmal durchbrochenen Dogma der Kirche.

Auf Grund der oben als herrschende bezeichneten Ansicht wäre jedem Dritten, auf Grund der Ansicht, die nur bei Anfechtung aus § 1350 die frühere Ehe fortbestehen läßt, dem neuen Ehegatten der neuen Ehe das Recht in die Hand gegeben, über den Bestand der früheren Ehe, an der er gar nicht beteiligt ist, also als Dritter, zu entscheiden. Macht er, vielleicht gar nicht durch religiöse Bedenken dazu bewogen, von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch, so zwingt er als Dritter die früheren beiden Ehegatten, selbst ohne ihren Willen die alte Ehe fortzusetzen. Und wenn der für tot Erklärte selbst wieder geheiratet hat, entscheidet ein Dritter

---

[16]) Hierzu und zu dem Ausnahmefall der Auflösung durch Wiederverheiratung bei der Todeserklärung kraft Rechtssatzes vgl. Benndorf (Diss. S. 57). Auch bei der Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung ist der Wille zur Auflösung der früheren Ehe seitens des zurückgebliebenen Ehegatten durch die Schließung der neuen dokumentiert; er hat die Wiederverheiratung und damit erfolgte Auflösung der früheren Ehe der Unsicherheit über ihr Bestehen vorgezogen. Natürlich muß der Wille, soll er respektiert werden, nicht gegen das Gesetz verstoßen wie bei der Bigamie.

[17]) Hieraus erkärt sich auch die Bestimmung, daß die Auflösung auch dann endgültig ist, wenn die Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird (§ 1348 Abs. 2 Satz 2; vgl. auch § 1349); denn der Bestand der früheren Ehe wie der neuen soll nicht vom Ermessen anderer Personen und vom Ausgange eines zwischen solchen geführten Rechtsstreites abhängig gemacht werden.

sogar über zwei Ehen, indem er auch dessen neue Ehe vernichtet. Nach herrschender Ansicht könnte der Fall eintreten, daß der zurückgebliebene Ehegatte, obwohl er die neue Ehe wegen Überlebens seines früheren Ehegatten gar nicht angefochten hat, diese alte Ehe doch wieder aufnehmen muß, weil die neue Ehe später aus einem anderen Grunde für nichtig erklärt worden ist.

Solche Folgen können nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben.

Zu einer Ausnahmestellung der früheren Ehe bei Anfechtung durch den zurückgebliebenen Ehegatten kommt, wie oben erwähnt, Benndorf.[18]) „Da der Wille dieses Ehegatten entscheidend wäre, so müßte nach dem Sinne des Gesetzes die frühere Ehe ex tunc wieder aufleben; denn mit der ihm nur im Falle der Gutgläubigkeit zustehenden Ausübung des Anfechtungsrechts betätige er den Willen der Fortsetzung der früheren Ehe". Das wird in den meisten Fällen gewiß zutreffen und auch insoweit zu einer dem Sinne des Gesetzes gemäßen Lösung führen, als der Bestand einer Ehe nicht ohne Not vernichtet würde. Doch würde dieser Ehegatte in dem Fall, daß der für tot Erklärte, vielleicht erst auf Grund der Wiederverheiratung des zurückgebliebenen Ehegatten, selbst eine neue gültige Ehe eingegangen wäre, dieser neuen Ehe selbst als Dritter gegenüberstehen; die Vernichtung dieser Ehe würde kaum das meist vorliegende Verschulden des Verschollenen kompensieren.

In einem anderen Zusammenhange, nämlich bezüglich der unten erwähnten Streitfrage, welche von beiden Ehen in dem Falle gültig sein soll, daß nach Scheidung der ersten Ehe eine neue geschlossen worden ist, nachträglich aber das Scheidungsurteil aufgehoben wird, vertritt Hellwig[19]) die Ansicht: Bei Wegfall des Scheidungsurteils kann die Wiederherstellung der früheren Ehe nicht eintreten, wenn auf Grund der vollzogenen Scheidung der Ehe eine Wiederverheiratung stattgefunden hat. Analog dieser Trennung der Wirkung des Scheidungsurteils könnte hier die Ansicht aufkommen, bei Anfechtung der neuen Ehe aus § 1350 die

---

[18]) Benndorf a. a. O. S. 58 ff.

[19]) Hellwig in DJZ. 1904 Nr. 18 S. 834.

frühere Ehe dann weiterbestehen zu lassen, wenn der verschollene Ehegatte, obwohl ihm auf Grund der Wiederverheiratung des Zurückgebliebenen das Recht zur Wiederverheiratung auch seinerseits anerkannt zusteht, selbst eine neue Ehe noch nicht geschlossen hätte.[20]) Damit würde das Bedenken, die Zerstörung einer Ehe seitens eines Dritten, wegfallen.

Doch diese sowohl wie Benndorfs Ansicht scheint uns eine durch das Gesetz nicht begründete Zersplitterung der Wirkung der Anfechtung herbeizuführen.

Ist also das gewährte Anfechtungsrecht des § 1350 mit der vernichtenden Wirkung der neuen Ehe eine starke, nach Dernburg[21]) sogar unbegründete Konzession an die Kirche, so würde der Weiterbestand der alten Ehe einen Verstoß gegen die allgemeinen Grundsätze über die Behandlung der Ehe seitens des Gesetzes bedeuten.

Wir kommen demnach zu dem Resultat, daß die frühere Ehe durch die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung nur bei Bösgläubigkeit beider Ehegatten der neuen Ehe nach positiver Vorschrift des § 1348 als nicht aufgelöst anzusehen ist. In allen anderen Fällen der Nichtigkeit und erfolgreichen Anfechtung der neuen Ehe bleibt die frühere Ehe durch die Schließung der neuen Ehe aufgelöst. Zu ihrer Wiederherstellung ist Neuabschluß erforderlich.

Angewandt auf unsere Fälle bedeutet das Gesagte:

Die Kinder aus der wegen Bigamie nichtigen Ehe sind bezüglich dieser Ehe unehelich; ihnen steht der Schutz des § 1699 insoweit nicht zur Seite, als beide Eltern zur Zeit der Eheschließung die Nichtigkeit der neuen Ehe gekannt haben. Dann sind die Kinder, da die alte Ehe nie aufgelöst war, eheliche nur dieser früheren Ehe, soweit der für tot erklärte Ehegatte ihre Ehelichkeit nicht anficht.[22])

---

[20]) V. d. Pfordten (S. 12 f.) behauptet, das Anfechtungsrecht des § 1350 finde keine Anwendung, wenn der für tot Erklärte seinerseits zu einer zweiten Ehe geschritten wäre. Ebenso Erler in DJZ. 1896 S. 230. Diese Ansicht findet im Gesetz keine genügende Stütze. Die seelischen Konflikte rein persönlicher Natur sind unabhängig von einer Wiederverheiratung des verschollen Geglaubten.

[21]) Dernburg a. a. O. S. 20.

[22]) Dasselbe gilt, wenn die zweite Ehe eine Nicht-Ehe (§ 1324) war.

Da aber der § 1348 beiderseitige Bösgläubigkeit verlangt bezüglich der Tatsache, daß der Verschollene die Todeserklärung überlebt hat, der § 1699 hingegen voraussetzt, daß nicht beide Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung gekannt haben, so kann der Fall eintreten, daß das Kind der neuen, obwohl wegen Bigamie nach § 1348 nichtigen Ehe doch als ehelich der zweiten Ehe nach § 1699 zu gelten hat, und zwar dann, wenn wenigstens einer der Ehegatten bei der Eheschließung, etwa auf Grund einer falschen Nachricht über den Verschollenen, geglaubt hat, daß dieser nach der Todeserklärung gestorben sei. Damit würde er den Nichtigkeitsgrund der neuen Ehe für nicht mehr vorhanden halten, er hätte also die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung nicht gekannt, und die Kinder der neuen Ehe müssen nun nach § 1699 auch als eheliche der zweiten Ehe gelten. Die Kollission muß dann entsprechend der obengenannten Fälle mit Hilfe des analog angewandten § 1600 gelöst werden.

Tritt dieser Ausnahmefall nicht ein, so sind die Kinder eheliche der ersten Ehe, so lange ihre Ehelichkeit nicht vom Verschollenen angefochten wird.[23])

Ist die neue Ehe aus einem anderen Grunde nichtig oder angefochten, so gelten die Kinder dieser Ehe insoweit als ehelich, als ihnen der § 1699 die Stellung von ehelichen zuspricht, andernfalls sind sie unehelich. Sie sind nur insoweit eheliche der ersten Ehe, als sie innerhalb 302 Tagen nach der Auflösung dieser Ehe geboren sind.

Kollidiert die Ehelichkeit der Kinder bezüglich der ersten Ehe (nach §§ 1591 ff.) mit der bezüglich der zweiten Ehe (nach § 1699) vorhandenen, so muß der § 1600 analog angewandt werden.

Bleibt die neue Ehe als gültige bestehen, so findet bei Kollision der Ehelichkeit aus beiden Ehen § 1600 ebenfalls entsprechende Anwendung.

---

[23]) Hier führt auch die Ansicht Herbert Meyers (S. 53) zu einem anderen Resultat: Das Kind aus einer solchen nach § 1348 Abs. 1 nichtigen Ehe ist keinesfalls als ein eheliches des Verschollenen anzusprechen, ebensowenig wie die in der nichtigen zweiten Ehe geborenen Kinder von ihm als eheliche der ersten Ehe reklamiert werden könnten. Ebenso, wie oben erwähnt, Krüger, Diss., der auch durch die nach § 1348 Abs. 1 nichtige Ehe die alte als aufgelöst betrachtet.

Dritter Teil.

Weitere umstrittene Fragen nach der Zugehörigkeit eines Kindes zu einer Ehe.

§ 9.

Aufhebung des Scheidungsurteils der ersten Ehe nach Eingehung einer neuen Ehe seitens des geschiedenen Ehegatten.

Es handelt sich im folgenden um die Rechtslage: Eine Frau hat nach rechtskräftiger Scheidung ihrer ersten Ehe wiedergeheiratet (vgl. 1309 BGB.). Später wird das Scheidungsurteil als zu Unrecht bestehend aufgehoben (vgl. § 586 Abs. 2 ZPO.). Der neuen Ehe entstammen Kinder.

Über die Frage, welche von beiden Ehen gültig ist, herrscht Streit.

Erler[1]) sagt: „Das Wiederaufleben der früheren Ehe setzt voraus, daß beide Ehegatten ledig sind. Benutzt einer die mit Rechtskraft des Scheidungsurteils wiedererlangte Ehefreiheit, so ist die Möglichkeit des Wiederauflebens ausgeschlossen".

Ebenso hat sich Hellwig[2]) für die Gültigkeit der zweiten Ehe entschieden.[3]) Hat die Auflösung der Ehe, so heißt es hier, auf Grund des Scheidungsurteils als eines „konstitutiven Staatsakts" stattgefunden, so kann bei Wegfall des Scheidungsurteils die Wiederherstellung der früheren Ehe dann nicht eintreten, wenn auf Grund der vollzogenen Scheidung der Ehe eine Wiederverheiratung stattgefunden hat. Rechte, die auf Grund eines kon-

---

[1]) Erler in DJZ. 1896 Nr. 12 S. 229 f.: „Das Wiederaufleben aufgelöster Ehen nach dem BGB." Er überträgt diese Ansicht, wie oben erwähnt, auch auf den Fall der Wiederverheiratung nach erfolgter Todeserklärung.

[2]) Hellwig in DJZ. 1904 Nr. 18 S. 834 u. Nr. 22 S. 1074.

[3]) vgl. auch Kohler in ZZP. Bd. 33 S. 226.

stitutiven Staatsakts von Dritten erworben worden sind, müssen bei Wiederaufhebung des Akts in möglichst weitem Umfange geschützt werden. Findet der Schutz des guten Glaubens Dritter bei Rechtsgeschäften statt, dann müßte analog dem § 32 FGG. (BGB. § 115 Abs. 1 Satz 2) auch der Dritte geschützt werden, der im guten Glauben an die Richtigkeit des Scheidungsurteils eine neue Ehe eingeht. — Gewiß müßte er das! Ein Vorschlag de lege ferenda! Aber findet diese Ansicht eine Stütze im Gesetz? Mit Recht weist Oetker[4]) darauf hin, „daß nach Ansicht Hellwigs der Abschluß einer neuen Ehe nach zu Unrecht erfolgter Scheidung zwar nicht den Namen, aber die Kraft eines Scheidungsgrundes erhielte; das sei unangängig".

Wir haben ja, wie wir oben gesehen, einen Fall, nämlich bei vorangegangener Todeserklärung des verschollenen Ehegatten, daß die Wiederverheiratung die endgültige Auflösung der früheren Ehe bewirkt. Aber dort handelt es sich um eine definitive Regelung, die das Wesen der gesetzlichen Vermutung der Auflösung der Ehe mit sich bringt, und die sich als logische Folge der Zulassung einer Wiederverheiratung nach der Todeserklärung überhaupt darstellt; hier müßte das Gesetz eine Bestimmung treffen für den Fall der Unrichtigkeit eines richterlichen Urteils, das sich nicht auf eine Vermutung gründet, ungefähr des Sinnes, daß durch die Wiederverheiratung nach erfolgter Scheidung die alte Ehe auch dann aufgelöst bliebe, wenn das Scheidungsurteil für nichtig erklärt würde. Eine solche Bestimmung hat aber tatsächlich das Gesetz nicht getroffen. Und eine nur für den Ausnahmefall der Wiederverheiratung nach erfolgter Todeserklärung getroffene Bestimmung zu verallgemeinern, um etwaige in unseren Fällen eintretende Härten zu vermeiden, hieße doch der Analogie zu weite Grenzen ziehen.

Man wird sich deshalb der Meinung Oetkers,[5]) bei Aufhebung des Scheidungsurteils die erste Ehe für gültig, die zweite daher für nichtig zu erklären, anschließen müssen, die u. a. auch Planck[6]) vertritt: „Das die Auflösung oder die Nichtigkeit aus-

[4]) Oetker in DJZ. 1904 Nr. 21 S. 1030.
[5]) Oetker a. a. O. S. 1030.
[6]) Planck Bem. 3 zu § 1309 Abs. 2.

sprechende Urteil verliert seine Kraft, wenn es infolge der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage aufgehoben wird; die neue Ehe ist daher nichtig".

Hiernach beurteilt sich also auch die Stellung der Kinder zu den Eltern. Da die frühere Ehe wieder auflebt, die zweite ex tunc vernichtet wird, sind die während der zweiten nichtigen Ehe geborenen Kinder als eheliche der ersten zu behandeln. Sie gelten aber im Falle der Gutgläubigkeit auch nur eines der neuen Ehegatten nach § 1699 ebenfalls als eheliche der zweiten nichtigen Ehe. Wir haben also hier ebenfalls eine Kollision der Ehelichkeit.[7])

Obwohl auch in diesem Falle keine „Auflösung" der früheren Ehe im Rechtssinn stattgefunden hat, steht doch der Termin der zu Unrecht ausgesprochenen Auflösung durch das Scheidungsurteil fest. Nimmt man diesen als der „Auflösung" entsprechend an, dann löst sich diese doppelte Ehelichkeit ebenfalls im Sinne des § 1600.

§ 10.

Die Ehelichkeit eines während der Verschollenheit eines Ehegatten der ersten Ehe geborenen und durch die nach erfolgter Todeserklärung geschlossene zweite Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten legitimierten Kindes.

Daß eine Legitimation durch nachfolgende Ehe zu einer Ungewißheit führen könne darüber, zu welchen Eltern das Kind im Verhältnis eines ehelichen stehe, erscheint zunächst deswegen ausgeschlossen, weil Voraussetzung einer legitimatio Unehelichkeit des Kindes ist.

Nun hat sich die Literatur im Anschluß an den bereits oben erwähnten Fall, der dem Kammergericht am 2. August 1902 zur Entscheidung vorlag,[1]) eingehend mit folgendem Tatbestand beschäftigt:

---

[7]) Teilt man Hellwigs Meinung, dann kann eine solche nur bezüglich der innerhalb 302 Tagen nach ausgesprochener Scheidung und in der neuen Ehe geborenen Kinder eintreten.

[1]) Ausführliches hierüber bis zu seiner endgültigen Erledigung vgl. bei Herbert Meyer a. a. O. S. 46, 48.

Eine Frau hat während der Verschollenheit ihres Mannes Kinder geboren. Auf Grund der nach der Todeserklärung stattfindenden Wiederverheiratung der Frau werden die bis dahin als unehelich geltenden Kinder von dem Manne der neuen Ehe als dem Erzeuger der Kinder als eheliche legitimiert. Nun kehrt der verschollene Ehemann zurück. Ist dann die Legitimation der Kinder als eheliche der zweiten Ehe zu Recht bestehend oder muß sie nicht vielmehr deshalb rückgängig gemacht werden, weil die legitimierten Kinder gar nicht als uneheliche, sondern als eheliche des ersten Mannes anzusehen waren?[2])

Der § 1719[2a]) sagt: „Ein uneheliches Kind erlangt dadurch, daß sich der Vater mit der Mutter verheiratet, mit der Eheschließung die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes".

Danach sei zunächst festgestellt, daß, soweit der Verschollene seine Todesvermutung nicht widerlegt, eine Legitimation deshalb stattfinden kann, weil die nach der Todeserklärung geborenen Kinder des zurückgebliebenen Ehegatten als uneheliche gelten, also zwanglos unter die Bestimmung des § 1719 fallen. Sie gelten aber nicht mehr als solche, sobald diese Vermutung durch die Rückkehr des Verschollenen widerlegt wird.

Die beiden strittigen Entscheidungen sind also die: Entweder man läßt eine Legitimation zu; dann schaltet man trotz § 1593 die Ehelichkeit bezüglich der ersten Ehe aus als widerlegt durch ihre Unmöglichkeit (§ 1591 Abs. 1), oder man läßt die Legitimation nicht zu, da die Kinder auf Grund des alleinigen Anfechtungsrechts des Mannes als dessen eheliche zu behandeln sind und damit nicht unter § 1719 fallen.

Das Bedürfnis, die auf Grund der gesetzlichen Todesvermutung, noch dazu bei wohl regelmäßigem Verschulden des Verschollenen, eingetretenen tatsächlichen Verhältnisse auch rechtlich zu schützen,

---

[2]) Voraussetzung ist natürlich, daß der zurückgekehrte Verschollene die ihm zustehende Anfechtung der Ehelichkeit der Kinder unterläßt; denn damit würde sich die Sachlage zugunsten der Ehelichkeit bezüglich der zweiten Ehe klären.

[2a]) Die Ehelichkeitserklärung des § 1723 ist, insoweit auch für sie Unehelichkeit Voraussetzung ist, von demselben Gesichtspunkt aus zu betrachten. — § 1723 Abs. 1: „Ein uneheliches Kind kann auf Antrag seines Vaters durch eine Verfügung der Staatsgewalt für ehelich erklärt werden".

hat dazu geführt, die durch die Legitimation herbeigeführte Ehelichkeit der neuen Ehe bestehen zu lassen.

Zu diesem Resultat kommt Herbert Meyer[3]) auf Grund der von ihm vertretenen „Rechtsscheintheorie". Daraus sei hier folgendes erwähnt:

Das Gesetz schützt den, der im Vertrauen auf die Richtigkeit der Todeserklärung sich wiederverheiratet. Dieser Rechtsschein des Todes, der für die neuen Gatten die neue Ehe zu einer vollgültigen werden läßt, entfaltet seine Wirkung auch für ihre Kinder; denn das Kindschaftsverhältnis ist doch auf Grund des gleichen Rechtsscheins als ein Kindschaftsverhältnis dieser Ehe anerkannt worden, für die aus dem Schein ein Sein geworden ist. Die Legitimation als Rechtsfolge der Ehe muß also ebenso wie die Ehe selbst aufrechterhalten werden. Das Kind bleibt also ein eheliches dieser neuen Ehe, selbst wenn sich später herausstellen sollte, daß der Schein des Todes trügerisch war. Die vom Legitimierten erlangte Stellung als ehelich der zweiten Ehe ist unabhängig von dem Bestand dieser Ehe selbst; nicht nur mit der Ehe, sondern um ihrer selbst willen wird die eheliche Kindschaft des Legitimierten anerkannt, mag sie nun auf nachfolgender Ehe oder auf Ehelichkeitserklärung beruhen. Aus dieser Erkenntnis, daß die Gültigkeit der Legitimation unabhängig von einer gültigen Eheschließung der Eltern ist, erwächst die Verpflichtung, diese Erscheinung selbständig rechtlich zu begründen. Die Wirkungen der formell ordnungsmäßigen Legitimation bleiben als solche materiellen Rechts bestehen, mag sich auch hinterher ergeben, daß ihre Voraussetzungen nur scheinbar gegeben waren.[4])

Es mag zugegeben werden, daß die Lösung erstrebenswert ist, namentlich weil sie den tatsächlichen Verhältnissen gerecht

---

[3]) Herbert Meyer a. a. O. S. 52ff.

[4]) Prinzipiell dieselbe Ansicht vertritt Kohler S. 300: „Die Legitimation muß, wenn die zurückgebliebene Frau den Erzeuger des während der Verschollenheit des früheren Ehegatten geborenen Kindes heiratet, eintreten, sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind". Ebenso Krüger, Diss. S. 74: „Diese Kinder sind den Umständen nach offenbar unmöglich von dem für tot Erklärten empfangen. Sie sind also nach § 1591 uneheliche Kinder, auf die die Legitimation anwendbar ist.

wird. Doch dieser Umstand überwindet ein Bedenken nicht: daß sie sich nicht auf dem Boden des Gesetzes hält.

Wenn das Gesetz die neue Ehe und die dieser entstammenden Kinder trotz Weiterlebens des Verschollenen schützt, kraft positiver Vorschrift schützt, berechtigt das nicht zur Ausdehnung auf unsere Fälle. Zwar würde es die Legitimation schützen unter der Voraussetzung ihrer Unehelichkeit. Aber diese liegt bei Widerlegung der Todesvermutung des Verschollenen nicht vor. Ihm geht das Anfechtungsrecht der Ehelichkeit dieser Kinder durch die Wiederverheiratung des zurückgebliebenen Ehegatten nicht verloren. Wenn Meyer sagt: „Die Legitimation als Rechtsfolge der Ehe muß ebenso wie diese aufrechterhalten bleiben", so ersetzt er die für diese Fälle der Legitimation fehlende positive Vorschrift durch eine Korrektur der §§ 1593 und 1719, die uns bedenklich erscheint. Die Zulassung der Legitimation läßt sich auch aus deren Zweck nicht herleiten. Dieser ist doch Schutz vor Unehelichkeit. Werden nun auf Grund der ratio der §§ 1591, 1593 tatsächlich uneheliche Kinder schon als eheliche vor dem Gesetz behandelt, so kann auf sie die Legitimation von Rechts wegen nicht statthaben. Ist die Legitimation wohl eine Rechtsfolge der vom Gesetz gestatteten Ehe, so ist sie dies auch nur unter der Voraussetzung der Unehelichkeit der zu legitimierenden Kinder. Die Meinung, daß die Wirkungen einer formell ordnungsmäßigen Legitimation als solche materiellen Rechts auch bei Wegfall der nur scheinbar gegebenen Voraussetzungen bestehen bleiben, können wir nicht teilen; denn ein irrtümlich als unehelich geltendes Kind kann doch nicht durch die Legitimation seine wahre Ehelichkeit gegen eine andere einzutauschen gezwungen sein.

Überall, wo das Gesetz der Widerlegung der Todesvermutung eine Wirkung abspricht, tut es dies durch positive, spezielle Bestimmungen; diese Wirkung aber auf unsere hier vorliegenden Tatbestände auszudehnen, hieße der Widerlegbarkeit der Vermutung ihre Wirkung überhaupt nehmen.[5])

---

[5]) Meyer (S. 53) zieht die Konsequenzen seiner Theorie auch für den Fall, daß ein Kind durch eine nach § 1348 nichtige Ehe legitimiert, dadurch also tatsächlich unehelich würde. Das Ergebnis, das hier infolge der Legitimation aus

Das eheliche Verhältnis der bis zur Wiederverheiratung geborenen Kinder zu den Eltern der früheren Ehe im Falle des Weiterlebens des für tot Erklärten kann also durch legitimatio per subsequens matrimonium nicht aufgehoben werden zugunsten der Ehelichkeit bezüglich der neuen Ehe.[6])

---

dem ehelichen ein uneheliches wird, schwächt er durch die Tatsache ab, daß ja das Kind vorher schon unehelich war und nur, solange der Mann der Mutter nicht für tot erklärt war, den Schein der Ehelichkeit hatte. Durch den Schein des Todes und den daraus folgenden Schein der Eheauflösung vor Geburt des Kindes wurde der Schein der Ehelichkeit beseitigt. Durch die Legitimation wurde dann nur wieder der Rechtsschein der ehelichen Kindschaft zweiter Ehe begründet, der durch die Nichtigkeitserklärung der Ehe beseitigt wurde. Es bleibt also die materiell bestehende Unehelichkeit . . .

[6]) So auch Boschan in DJZ. 1903 Nr. 3 S. 77: Wegen § 1593 ist eine legitimatio per subsequens matrimonium seitens des natürlichen Vaters nicht möglich.

Schlußwort.

Wir kommen also, soweit eine doppelte Ehelichkeit zu befürchten wäre, zu deren Vermeidung mit Hilfe der Analogie nach § 1600, und zwar deshalb, weil durch ihn die Lösung in möglichstem Anschluß an das geltende Recht zu gelingen scheint. Es ist schon gesagt worden, daß das Resultat nicht in jeder Hinsicht befriedigt; es kann zu Entscheidungen führen, die den Familienstand eines Kindes entgegen den tatsächlichen Verhältnissen regeln. Wenn nun auch in manchen Fällen diesen Härten Abhilfe getan würde durch Ausdehnung des Anfechtungsrechts, das jetzt dem Ehemann allein zusteht, auf interessierte Dritte, so würde in allen behandelten wirklichen Kollisionsfällen eine Änderung des § 1600 Abhilfe schaffen.

Die Bestimmung, daß ein innerhalb 270 Tagen nach Auflösung der Ehe geborenes Kind bei Bestand einer zweiten noch als eheliches der ersten anzusehen ist, ist verfehlt.

Es hat bei Aufstellung des § 1600 Meinungsverschiedenheit geherrscht darüber, ob der Konflikt der doppelten Ehelichkeit mit Hilfe einer positiven Vorschrift oder nach den allgemeinen einschlägigen Grundsätzen zu lösen sei.[1]) Schon hier wurde gesagt, „es sei bei der Seltenheit der Fälle richtiger, es bei den allgemeinen Beweisgrundsätzen zu belassen, zumal die vom Entwurf aufgestellte Vermutung willkürlich sei und den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspräche. Wolle man überhaupt eine Vermutung aufstellen, so sei es richtiger, sie so zu gestalten, daß im Zweifel das Kind als vom zweiten Ehemann erzeugt gelte". Dieser Weg will auch uns als der richtige erscheinen. Ist eine neue gültige Ehe geschlossen worden, so müßten die in dieser geborenen Kinder

[1]) Mugdan Bd. 4 S. 358, 5.

jedenfalls als eheliche dieser neuen Ehe betrachtet, und das Recht, ihre etwaige Unehelichkeit anzufechten, dem neuen Ehegatten überlassen werden. Erst auf dessen erfolgreiche Anfechtung ihrer Ehelichkeit hin würden sie dann im Rahmen des § 1592 noch eheliche der ersten Ehe sein, sonst uneheliche. § 1600 würde also etwa lauten:

„Wird von einer Frau, die sich wiederverheiratet hat, ein Kind geboren, das nach den §§ 1591—1599 ein eheliches Kind sowohl des ersten als des zweiten Mannes sein würde, so gilt das Kind als eheliches des zweiten Mannes".

Und ferner müßte neben dem ehelichen auch des nach § 1699 als ehelich geltenden Kindes Erwähnung getan werden, dessen Ehelichkeit mit jenem der §§ 1591—1599 kollidieren kann. Ein Hinweis im § 1699 auf § 1600 (obiger Fassung) würde durchaus genügen:

„Die Bestimmung des § 1600 findet entsprechende Anwendung".

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.